Göttinger Juristische Schriften

Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

Reform des familiengerichtlichen Verfahrens

1. Familienrechtliches Forum Göttingen



Universitätsverlag Göttingen

Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

Reform des familiengerichtlichen Verfahrens



erschienen als Band 6 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2009

Volker Lipp, Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Reform des familiengerichtlichen Verfahrens

1. Familienrechtliches Forum Göttingen

Göttinger Juristische Schriften,
Band 6



Universitätsverlag Göttingen
2009

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Kontakt
Prof. Dr. Eva Schumann
e-mail: e.schumann@jura.uni-goettingen.de

Satz und Layout: Friederike Wapler

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-940344-64-9
ISSN: 1864-2128

Vorwort

In Ergänzung zu den Göttinger Workshops im Familienrecht haben die Herausgeber am 28. Juni 2008 zum ersten Mal das *Familienrechtliche Forum Göttingen* ausgerichtet, das künftig alle zwei Jahre stattfinden und den Dialog zwischen Wissenschaft, Politik und Praxis fördern soll.

Aus aktuellem Anlass stand im Mittelpunkt des ersten Familienrechtlichen Forums die *Reform des familiengerichtlichen Verfahrens*. Die in diesem Band enthaltenen Beiträge geben zunächst die Reihenfolge der Vormittagsvorträge wieder: die Grundzüge des Reformgesetzes (*Röse Häußermann*), einen Überblick über das Verfahren in Kindschaftssachen (*Michael Coester*) und die Einordnung der Reform in Entwicklungstendenzen der allgemeinen Familien- und Sozialpolitik (*Ilona Ostner*).

Am Nachmittag wurden insgesamt vier Themenschwerpunkte des neuen Familienverfahrensrechts (einvernehmliche Konfliktlösungen und Vermittlungsverfahren, das neue Rechtsmittel- und Vollstreckungssystem, Verfahrensbeistand und Umgangspfleger, Verfahren bei Kindeswohlgefährdung) mit den Teilnehmern in Workshops diskutiert. Dem Nachmittagsprogramm entsprechend werden in diesem Band die einzelnen Themenkomplexe jeweils durch einen Beitrag der für die Reform zuständigen Referenten aus dem Bundesjustizministerium (*Dirk Hornikel* und *Heiko Wagner*) eingeleitet, sodann folgen Stellungnahmen von Experten aus der Richter- und Anwaltschaft (*Isabell Götz, Joachim Maier, Ingeborg Rakete-Dombek* und *Heinrich Schürmann*) und aus der Wissenschaft (*Ludwig Salgo, Eva Schumann* und *Barbara Veit*). In den lebhaften Diskussionen wurde vor allem die Forderung erhoben, dass die Familiengerichte, aber auch alle anderen beteiligten Institutionen, zur Erfüllung der neu zugewiesenen Aufgaben personell besser ausgestattet werden müssten. Bedenken rief aber auch das vorab in Kraft getretene „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ hervor; hier wurde insbesondere die fehlende Begleitforschung zu den teilweise stark in die Rechte von Eltern und in die Autonomie von Familien eingreifenden Maßnahmen kritisiert.

Die Betreuung des Tagungsbandes oblag am Lehrstuhl Frau Dr. Friederike Wapler, der ich ebenso wie allen an der Organisation des Forums und an der Angleichung der Manuskripte beteiligten Hilfskräften danken möchte.

Für die Herausgeber

Eva Schumann — Göttingen, im Januar 2009

Inhaltsverzeichnis

Interessenvertreter des Kindes:
Verfahrensbeistand und Umgangspfleger

Verfahren bei Kindeswohlgefährdung

Das neue Familienverfahrensrecht

Röse Häußermann

I. Einleitung

Am 1. September 2009 wird mit dem FamFG eine neue Verfahrensordnung für das Familienrecht und die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten. Mystische sieben Jahre lang hat der Gesetzgeber im dritten Anlauf an diesem Reformgesetz gearbeitet.[1] Nach fast genau 110 Jahren löst es das FGG ab, das am 1. Januar 1900 zusammen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten war.

---

[1] 1955 setzte der Bundesminister der Justiz erstmals eine „Kommission zur Vorbereitung einer Reform des Zivilgesetzesbuches" ein, die 1961 ein Weißbuch mit einer Reihe von Empfehlungen für eine solche Reform vorlegte. 1964 setzte der Bundesminister der Justiz eine „Kommission zur Ausarbeitung von Gesetzesvorschlägen für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit" ein, die ihren Bericht 1977 zusammen mit einem umfassenden Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit vorlegte. Dieser Entwurf landete vorerst in den Schubladen der Politik.

Das FamFG präsentiert sich als ein gewaltiges Werk, ein halbes Jahrhundertwerk nicht nur deswegen, weil die ersten Arbeiten daran bereits mehr als 50 Jahre zurückliegen, sondern auch wegen seines Regelungsumfangs. Insgesamt bündelt das FamFG Vorschriften aus mehr als 110 Gesetzen des geltenden Rechts und umfasst mit seinen fast 500 Paragraphen eine halbe ZPO. Inhaltlich vollzieht die Reform zweierlei, zum einen eine Konzentration und Verfeinerung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit in seinen allgemeinen und besonderen Vorschriften und zum anderen eine vollständige Neukodifizierung des familiengerichtlichen Verfahrens. Das Buch 6 der ZPO wird aufgehoben und geht in der neuen Verfahrensordnung auf. Das Vormundschaftsgericht als traditioneller Hort der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird endgültig heimatlos und aufgelöst.

Das FamFG teilt sich in seinem Besonderen Teil in zwei Kernstücke, das Familienverfahrensrecht und die sonstigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Von den insgesamt neun Büchern des Gesetzeswerks nehmen dabei allein der Allgemeine Teil und das Familienverfahrensrecht in den ersten beiden Büchern mit zusammen 270 Vorschriften mehr als die Hälfte des gesamten Regelungsbestandes ein. Die anschließenden Bücher 3 bis 9 befassen sich mit Betreuungs- und Unterbringungssachen, Nachlass- und Teilungssachen, Registersachen und Freiheitsentziehungssachen und teilen sich den Rest der Vorschriften. Nicht zuletzt aus dieser Verteilung der Gewichte rührt auch der Titel des neuen Gesetzeswerks, „FamFG" her, denn er signalisiert, dass dem Familienverfahrensrecht vor den anderen Spezialregelungen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit eine herausgehobene Bedeutung zukommt.

II. Einige Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des FamFG

1. Der Beteiligtenbegriff

Eine der wichtigsten Aufgaben des Reformgesetzgebers war die Definition des Begriffs des Beteiligten in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das geltende Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält keine eigene Umschreibung des Beteiligtenbegriffs. Die Vorschriften der ZPO über die Rolle der Parteien im Prozess in den §§ 50 ff. ZPO oder entsprechende Regelungen aus den Verfahrensordnungen des öffentlichen Rechts lassen sich auf die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen ihrer besonderen Struktur nicht ohne weiteres und ohne Brüche übertragen. Bisher muss deshalb jeweils aus dem Zweck der einzelnen Gesetzesbestimmungen und aus dem Gesetzeszusammenhang entnommen werden, wie der Begriff zu verstehen ist. Diese Regelungsunschärfe hat Folgen für die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs.

Die fehlende gesetzliche Definition des Beteiligtenbegriffs konnte dazu führen, dass in ihren materiellen Rechten betroffene Personen am Verfahren nicht oder nicht rechtzeitig beteiligt werden und so ihre Beteiligtenrechte nicht wahren konnten.

a) Die drei Kategorien von Verfahrensbeteiligten

Das FamFG unterscheidet künftig Muss-Beteiligte (§ 7 I), Muss-Beteiligte kraft Hinzuziehung (§ 7 II) und Kann-Beteiligte kraft Hinzuziehung (§ 7 III).

aa) Muss-Beteiligte

Muss-Beteiligter ist in Antragsverfahren immer der Antragsteller (§ 7 I FamFG).

bb) Muss-Beteiligte kraft Hinzuziehung

Muss-Beteiligte kraft Hinzuziehung sind alle diejenigen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen ist oder denen der Gesetzgeber im FamFG oder in anderen gesetzlichen Zusammenhängen die Rolle eines Beteiligten ausdrücklich zuschreibt. Der Kreis der Muss-Beteiligten kraft Hinzuziehung ergibt sich innerhalb des FamFG meist bereits aus den Eingangsvorschriften der jeweiligen Unterabschnitte des Gesetzes, die dort unmittelbar nach der Verfahrensdefinition und der Regelung der örtlichen Zuständigkeit unter dem Titel „Beteiligte" eingereiht sind. Außerdem finden sich verstreut im Gesetz an verschiedenen Stellen Regelungen, nach denen Personen als Beteiligte auf Antrag hinzuzuziehen sind, etwa für Kindschaftssachen in § 161 II FamFG (Beteiligung von Pflegepersonen), in § 162 II FamFG und 188 II FamFG (Beteiligung des Jugendamtes) oder in § 204 I FamFG (Beteiligung des Vermieters in Wohnungszuweisungssachen).

cc) Kann-Beteiligte kraft Hinzuziehung

Bei den Kann-Beteiligten kraft Hinzuziehung handelt es sich zum einen um Personen, deren Recht durch das Verfahren zwar auch unmittelbar betroffen wird, von denen aber erwartet werden kann, dass sie selbst darüber entscheiden, ob sie am Verfahren teilnehmen wollen und dann auch einen entsprechenden Antrag stellen. Stellen sie einen solchen Antrag, hat das Gericht sie gemäß § 7 II Nr. 2 FamFG als Beteiligte zu dem Verfahren zwingend hinzuziehen. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob der Antragsteller zum Kreis der Optionsbeteiligten zählt. Wird kein Antrag gestellt, kann das Gericht den Betreffenden gleichwohl auf der Grundlage von § 7 III FamFG aus Gründen der Verfahrensökonomie hinzuziehen. Häufig wird das Gericht aber auf eine Hinzuziehung von Kann-Beteiligten verzichten können, insbesondere dann,

wenn lediglich die vage Möglichkeit einer für sie nachteiligen Entscheidung besteht.

Nach § 7 III FamFG können aber auch Personen als Beteiligte hinzugezogen werden, die kein unmittelbares rechtliches, sondern lediglich ein ideelles Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. Im Familienverfahrensrecht findet sich eine entsprechende ausdrückliche Regelung etwa in § 161 I FamFG für die fakultative Beteiligung von Pflegepersonen in Kindschaftssachen. Aus § 7 IV 1 FamFG ergibt sich, dass auch diese aus ideellen Gründen zu beteiligenden Personen einen Antrag auf Hinzuziehung stellen können. Hier reduziert ein Antrag das Ermessen des Gerichts bei der Hinzuziehungsentscheidung aber – anders als bei einer Hinzuziehung nach § 7 II Nr. 2 FamFG – nicht auf null. Das Gericht hat in dieser Fallvariante in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob eine Beteiligung sachgerecht und verfahrensfördernd ist. Maßstab sind dabei nicht die Belange des Kann-Beteiligten, sondern ausschließlich das wohlverstandene Interesse des vom Verfahren primär betroffenen Beteiligten. Bestehen Zweifel, ob dieser mit einer Hinzuziehung des Dritten einverstanden ist, muss er vorher gehört werden; widerspricht er der Hinzuziehung mit nachvollziehbaren Gründen, ist, falls nicht schwerwiegende übergeordnete Gesichtspunkte gleichwohl eine Hinzuziehung angeraten sein lassen, von einer Beteiligung abzusehen.

§ 7 V 1 FamFG regelt die Form der Hinzuziehungsentscheidung. Sie bedarf keines formellen Hinzuziehungsaktes. Vielmehr kann eine Hinzuziehung auch konkludent, etwa durch das Übersenden von Schriftstücken oder die Ladung zu Terminen erfolgen. Eine ausdrückliche Entscheidung des Gerichts durch Beschluss ist nur erforderlich, wenn das Gericht einen Hinzuziehungsantrag zurückweist. Dieser Beschluss ist nach § 7 V 2 FamFG mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

§ 7 IV 1 FamFG gewährleistet das rechtliche Gehör für den in § 7 III FamFG genannten Personenkreis. Die Benachrichtigungspflicht beschränkt sich auf die dem Gericht bekannten Personen. Eine aufwändige gerichtliche Ermittlungstätigkeit mit der Folge einer Verfahrensverzögerung resultiert aus der Benachrichtigungspflicht des Gerichts nicht. § 7 IV 2 FamFG sieht eine Belehrung über das Antragsrecht vor.

b) Regelungslücken

Die Familiensachen im 9., 10. und 11. Abschnitt enthalten keinen ausdrücklichen Katalog der Muss-Beteiligten kraft Hinzuziehung. Für die Familienstreitsachen ist der Verzicht auf einen Beteiligtenkatalog systemimmanent, weil für

sie nach § 113 FamFG insoweit nicht das FamFG, sondern der Allgemeine Teil der ZPO gilt, der in seinen §§ 50 ff. den Modus der Beteiligung am Verfahren regelt. Nicht ganz klar ist allerdings der Grund für das Fehlen der Beteiligtenkataloge für diejenigen Familiensachen in den Abschnitten 9 bis 11, die nicht zu den Familienstreitsachen zählen.

Auch in den Kindschaftssachen (Abschnitt 3, §§ 151 bis 168a FamFG) verzichtet das Gesetz auf einen Beteiligtenkatalog ganz, obwohl auch sie den verfahrensrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Teils des FamFG folgen und deshalb eine Konkretisierung des Beteiligtenbegriffs des § 7 FamFG nahe läge. Die Beteiligtenrollen ergeben sich hier nicht mehr als in anderen Verfahrenstypen aus der Natur der Sache und sind auch nicht von vornherein abschließend auf das Kind und seine Eltern beschränkt. In Umgangsrechtsverfahren etwa können Großeltern, Geschwister und Stiefgeschwister Muss-Beteiligte sein, in Sorgerechtsverfahren kämen sie und Lebensgefährten oder ehemalige Lebensgefährten der Eltern ebenso wie „soziale Geschwister“ aus Patchwork-Familien oder andere Dritte aus dem sozialen Umfeld der Eltern wegen §§ 1626 III 2, 1666 I 1 BGB als Muss-Beteiligte kraft Hinzuziehung und als Kann-Beteiligte kraft Hinzuziehung in Betracht.

c) Die verfahrensrechtliche Stellung der Minderjährigen

An der verfahrensrechtlichen Rolle der Minderjährigen will das Gesetz wohl nichts ändern. Dennoch wäre es wünschenswert gewesen, wenn das Gesetz ihre Rolle ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben hätte. Es hätte eine Prüfung ihrer Stellung im Verfahren im Einzelfall entbehrlich gemacht. So bleibt die Frage des Umfangs ihrer Beteiligtenstellung gebunden an die Antwort auf die Frage, ob sie im konkreten Fall durch die anstehende Entscheidung unmittelbar in subjektiven Rechten berührt und sie deswegen Muss-Beteiligte nach § 7 I oder II Nr. 1 FamFG sind. Denn das Gesetz lässt ihre Beteiligung durch Hinzuziehung sonst nur in den im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen zu. In Umgangssachen sind Minderjährige nach § 1684 I 1 BGB heute Träger eigener subjektiver Rechte. Sowohl die gerichtliche Regelung der Frage des „Ob“ des Umgangs als auch seine konkrete Ausgestaltung berühren deren eigene Rechte unmittelbar. Schließlich kommt den Minderjährigen in Kindschaftssachen die Rolle von Muss-Beteiligten kraft Hinzuziehung in Verfahren nach § 1671 BGB zu, wenn sie das 14. Lebensjahr vollendet haben. Dann können sie einem Antrag eines Elternteils auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts widersprechen (§ 1671 II Nr. 1 BGB) mit der Folge, dass das Gericht dann auch nicht mehr an ein Einvernehmen der Eltern gebunden ist, sondern eine Entscheidung nach Maßgabe von § 7 II Nr. 2 FamFG zu treffen hat.

Auch in sorgerechtlichen Angelegenheiten nach § 1666 BGB wird zumindest dem Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, die Stellung eines Beteiligten im formellen Sinne zuzugestehen sein. Denn das Gesetz räumt ihm immerhin für die zweite Instanz in § 60 FamFG ausdrücklich ein autonomes Beschwerderecht ein. Im Beschwerdeverfahren ist aber der Beschwerdeführer als Antragsteller des Beschwerdeverfahrens Muss-Beteiligter im Sinne von § 7 I FamFG.

Wenn ein Minderjähriger aber schon im eigenen Namen Beschwerde gegen eine Sorgerechtsentscheidung einlegen und damit in die Beteiligtenstellung gelangen kann, kann man ihm diese Rolle für das erstinstanzliche Verfahren kaum absprechen. Denn dann muss es ihm verfahrensrechtlich gestattet sein, seinen Standpunkt bereits im Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens zu vertreten und auch durchzusetzen.

d) Verfahrensfähigkeit Minderjähriger

Der Minderjährige wird im gerichtlichen Verfahren vom sorgeberechtigten Elternteil vertreten, es sei denn, er ist selbst verfahrensfähig. Die Verfahrensfähigkeit ist in § 9 FamFG geregelt. Verfahren, in denen Minderjährige in eigenem Namen vor dem Familiengericht eigene materiell-rechtliche Ansprüche geltend machen (können), sind eher selten. In Betracht kommen Anträge auf Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit nach § 1303 BGB und solche auf Auflösung einer Ehe vor Erreichen der Volljährigkeit, die der Minderjährige im eigenen Namen wegen § 1633 BGB stellen kann. Zu denken ist weiter an Verfahren nach § 1612 II 2 BGB, wenn ein Minderjähriger beantragt, die Bestimmung der Eltern über die Art und die Zeitintervalle der Unterhaltsgewährung zu ändern. Antragsteller kann der Minderjährige selbst schließlich auch sein, wenn es um die Aufhebung der Adoption nach § 1762 BGB geht (dort Absatz 1 Sätze 2, 3). Verfahrensfähigkeit verleiht das Gesetz dabei in § 9 I Nr. 3 FamFG in Kindschaftssachen nur denjenigen Minderjährigen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben und auch ihnen ausdrücklich nur für die Einlegung der Beschwerde (§ 60 FamFG) und für die Empfangszuständigkeit von Endentscheidungen, die mit der Beschwerde anfechtbar sind, § 164 FamFG. Mit derselben Begründung wie oben zur Beteiligtenfähigkeit ist aber davon auszugehen, dass Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, auch für die erste Instanz verfahrensfähig sind und ihre Rechte selbst im Prozess vertreten können. Sie werden deshalb in Kindschaftssachen, die ihre Person betreffen, nicht mehr von den sorgeberechtigten Eltern vertreten, zumindest nicht ohne ihren Willen.

Diese Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Verfahrensrechte Minderjähriger in Kindschaftssachen ist bedauerlich, weil es gerade Ziel der Reform war, den Paradigmenwechsel von der Rolle des Kindes als Verfahrensobjekt hin zum Kind als Verfahrenssubjekt zu vollziehen. Eine klarere Regelung ihrer Rolle im Prozess hätte diesem Anliegen gut getan.

2. Ausnahmen von der zeitgleichen Anhörung der Beteiligten

Der Regierungsentwurf zum FamFG hatte noch durchgängig am ausnahmslosen Prinzip zeitgleicher Anhörung aller Beteiligten festgehalten und es dem ungebundenen Ermessen des Richters überlassen, davon im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit im Ausnahmefall abzusehen. Der Rechtsausschuss hat zu dieser Frage eine Modifizierung durchgesetzt. An mehreren Stellen schreibt das FamFG jetzt Ausnahmetatbestände ausdrücklich fest. So heißt es bereits im Allgemeinen Teil in § 33 I 2 FamFG ganz grundsätzlich:

> *„Sind in einem Verfahren mehrere Beteiligte persönlich anzuhören, hat die Anhörung eines Beteiligten in Abwesenheit der anderen Beteiligten stattzufinden, falls dies zum Schutz des anzuhörenden Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist."*

§ 128 I 2 FamFG wiederholt diese Regelung für die Anhörung in Ehesachen und § 157 II 2 FamFG für die Erörterung in Verfahren über eine Kindeswohlgefährdung.

Darin liegt eine bemerkenswerte verfahrensrechtliche Neuerung, die einer kritischen Kommentierung bedarf. Bisher sind nämlich alle unsere Prozessordnungen durchzogen von dem Prinzip des Rechts auf Anwesenheit und Teilnahme aller Verfahrensbeteiligten an allen Verfahrensabschnitten. Lediglich das Strafprozessrecht sieht davon vereinzelt und auch nur unter sehr engen Voraussetzungen Ausnahmen vor, nämlich in Jugendschutzsachen und im Rahmen der Vernehmung von Opferzeugen in § 247a StPO. In der Praxis macht die Richterschaft aber selbst in diesem Bereich von der Möglichkeit des Ausschlusses eines Verfahrensbeteiligten von der Teilnahme an der Hauptverhandlung nahezu nie Gebrauch und bedient sich stattdessen der sonst verfügbaren verfahrensrechtlichen Möglichkeiten des Beteiligtenschutzes.

Das Recht der Beteiligten auf unmittelbare Teilnahme an allen Verfahrensabschnitten ist verortet im verfassungsrechtlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs und eines der grundlegenden Prinzipien eines Rechtsstaates. Denjenigen, die von einer gerichtlichen Entscheidung in ihren Rechten betroffen sein können, räumt das Recht einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf unmittelbare Kenntnis des Streitstoffes ein, den das Gericht seiner Entscheidung

zugrunde legt. Nur elementare konkurrierende oder ranghöhere Grundrechtsinteressen können Ausnahmen von diesem Grundsatz rechtfertigen.

Es steht deshalb zu erwarten, dass die Praxis auch künftig von der Möglichkeit zeitversetzter Anhörung von Verfahrensbeteiligten nur sehr restriktiv Gebrauch macht. Gerade für familiengerichtliche Verfahren ist die zeitgleiche Anhörung aller Beteiligten nahezu nie verzichtbar, weil es in kaum einem anderen Verfahren des Privatrechts so viele zu respektierende verschiedene „Wahrheiten" gibt. Der Richter ist nicht nur bei der Ermittlung des richtigen Sachverhalts, auf den er das Recht anschließend anwenden soll, auf die Anwesenheit aller Beteiligten angewiesen, um sie mit der jeweils abweichenden Darstellung des anderen unmittelbar zu konfrontieren. Er braucht auch alle Beteiligten, wenn er seinem primären Auftrag gerecht werden will, zwischen den Beteiligten einvernehmliche Problemlösungen zu vermitteln.

Aus der Sicht der Richterschaft ist zu hoffen, dass die Familienanwälte die von ihnen vertretenen Parteien beizeiten auf den absoluten Ausnahmecharakter dieser Regelungen hinweisen und damit den Gerichten aufwändige Überzeugungsarbeit abnehmen, die solche Vorschriften meistens nach sich ziehen. Schon jetzt kostet es den Familienrichter mitunter viel Zeit, Eltern davon zu überzeugen, dass ein Richter über Sorge- und Umgangsfragen nicht verantwortlich entscheiden kann, wenn er das Kind selbst nicht gesehen und angehört hat. Zum Glück belässt das FamFG in allen genannten Vorschriften dem Familienrichter im Kern die Hoheit der Verfahrensgestaltung und verlangt – gleichlaufend mit dem Strafprozessrecht – nicht auch noch eine Begründung, wenn er sich für oder gegen eine zeitgleiche Anhörung entscheidet; seine Verfahrensgestaltung ist nicht begründungsbedürftig und nicht rechtsmittelfähig.

3. Die hauptsacheunabhängige einstweilige Anordnung

Neben einer neu geschaffenen gesetzlichen Regelung in § 36 FamFG für den Abschluss von Vergleichen und einer umstrittenen Bestimmung zur Notwendigkeit des Strengbeweises in Sonderfällen in § 30 FamFG ist von besonderer Tragweite die neu geschaffene Konstruktion eines einstweiligen Rechtsschutzes ohne die Notwendigkeit eines Hauptsacheverfahrens in den §§ 49 ff. FamFG. § 51 FamFG stellt in seinem Absatz 3 Satz 1 ausdrücklich klar, dass das Verfahren der einstweiligen Anordnung auch bei Anhängigkeit einer Hauptsache ein selbständiges Verfahren ist. Eine weitere Konsequenz der Selbständigkeit beider Verfahren zeigt sich in § 51 IV FamFG. Die Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren schließt künftig die Instanz ab und fordert deshalb eine Kostenentscheidung.

Die strikt getrennte Behandlung von Hauptsache und einstweiliger Anordnung übernimmt weitgehend die verfahrensrechtliche Konstruktion von Arrest und einstweiliger Verfügung aus der ZPO. Die Vollstreckung, das Außerkrafttreten und die Anfechtung einer einstweiligen Anordnung orientieren sich inhaltlich im Wesentlichen an den bisherigen §§ 620 ff. ZPO. Die Neuregelung ersetzt auch die ungeschriebene „vorläufige Anordnung" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

a) Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung

§ 49 FamFG regelt die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Auf der Tatbestandsseite müssen, wie bei der einstweiligen Verfügung, zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Die einstweilige Anordnung muss nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt sein. Diese Voraussetzung entspricht strukturell dem Erfordernis eines Verfügungsanspruchs im Recht der einstweiligen Verfügung nach der ZPO. Daneben ist ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden erforderlich. Diese Voraussetzung entspricht in ihrer Funktion etwa dem Verfügungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Die einstweilige Anordnung taugt außerdem – so wie die einstweilige Verfügung auch – grundsätzlich nur für vorläufige Maßnahmen. Auf der Rechtsfolgenseite gilt also auch für die einstweilige Anordnung des FamFG der Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache.

b) Einstweilige Anordnung und Hauptsacheverfahren

aa) Das optionale Hauptsacheverfahren

§ 52 FamFG klärt das Verhältnis zwischen dem Verfahren der einstweiligen Anordnung und einem sich anschließenden Hauptsacheverfahren. Das Hauptsacheverfahren ist künftig optional. Das Gesetz stellt es nur für solche Fälle zur Verfügung, in denen die durch die einstweilige Anordnung beschwerte Partei dies ausdrücklich wünscht, etwa um eine streitige Tatsache mit besseren Erkenntnismöglichkeiten und höherem richterlichen Überzeugungsgrad abschließend zu klären. Auch der Weg zum Hauptsacheverfahren lehnt sich eng an die für Arrest und einstweilige Verfügung geltende Vorschrift des § 926 ZPO an. Auf Antrag eines Beteiligten, der durch die einstweilige Anordnung in seinen Rechten beeinträchtigt ist, hat das Gericht gemäß § 52 II 1 FamFG gegenüber demjenigen, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, anzuordnen, dass er die Einleitung des Hauptsacheverfahrens oder die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe binnen vorgegebener Frist, höchstens binnen drei Monaten beantragt. Ein fruchtloser Fristablauf hat gemäß § 52 II 3 FamFG

die Aufhebung der einstweiligen Anordnung zur Folge. Dies hat das Gericht durch unanfechtbaren Beschluss auszusprechen.

bb) Das optionale Hauptsacheverfahren in Sorgerechts- und Umgangsverfahren

Überraschend und deshalb näher zu beleuchten ist die Entscheidung des Gesetzgebers für ein streng optionales Hauptsacheverfahren auch in solchen Sachen, die das Gericht von Amts wegen betreibt. Damit befasst sich § 52 I FamFG. Nach dem Gesetzeswortlaut leitet das Gericht auch in diesen Fällen ein Hauptsacheverfahren nur auf Antrag eines Beteiligten ein.

Dieses Antragserfordernis passt nicht zu den allgemeinen Grundsätzen des Amtsverfahrens. Eine amtswegige Einleitung des Hauptsacheverfahrens läge näher. Nach der Gesetzesbegründung soll das Gericht denn in der Tat auch verpflichtet sein, in Amtsverfahren zu überprüfen, ob die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens von Amts wegen erforderlich ist.[2] Dem Gesetzestext selbst ist diese Verpflichtung aber nicht einmal mit viel gutem Willen zu entnehmen.

In der Sache trifft aber auch die Gesetzesbegründung den Kern des Problems nicht und bedarf deshalb einer klarstellenden Kommentierung. In Wahrheit impliziert nämlich zumindest in den Kindschaftssachen eine Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren über eine Einschränkung des Sorge- und Umgangsrechts ausnahmslos die Notwendigkeit der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens von Amts wegen.

Ein teilweiser oder kompletter Entzug des Sorgerechts oder eine Einschränkung oder der vollkommene Ausschluss des Umgangsrechts im Wege der einstweiligen Anordnung kommt nach § 49 FamFG nur als vorläufige Regelung in Betracht bei einem dringenden Bedürfnis für ein sofortiges Einschreiten. Der Anordnungsanspruch für den Eingriff in das Sorgerecht muss sich materiell-rechtlich auf §§ 1666, 1666a BGB, der für einen Eingriff in das Umgangsrecht auf § 1684 IV BGB stützen und zum Wohl des Kindes erforderlich sein. Ein Eingriff in das Sorgerecht ebenso wie ein andauernder oder gar zeitlich unbefristeter Ausschluss des Umgangs setzt sogar die Feststellung einer Kindeswohlgefährdung voraus.

Als vorläufige Regelung ist ein Eingriff in das Sorgerecht oder in das Umgangsrecht nur zur Überbrückung desjenigen Zeitraums legitim, den das Gericht benötigt, um den Sachverhalt zu klären und festzustellen, ob ein Eingriff überhaupt erforderlich ist, ob also etwa eine Gefährdung des Kindeswohls im

[2] Begründung zum Regierungsentwurf, BR-Drs. 309/07, S. 438.

Sinne von § 1666 BGB tatsächlich gegeben ist, ob das Kindeswohl einen vorübergehenden Ausschluss des Umgangs fordert oder ob der Umgang das Kindeswohl gefährdet und deshalb ein dauerhafter und zeitlich unbegrenzter Umgangsausschluss erforderlich wird. Nur solange diese Frage noch ungeklärt ist, also erst ein bloßer „Gefährdungsverdacht“[3] besteht, kommt eine einstweilige Regelung in Betracht. Wenn für das Gericht feststeht, dass das Kindeswohl ohne Eingriff in das Sorgerecht oder ohne Ausschluss des Umgangsrechts gefährdet ist oder dass eine Beschränkung des Umgangs dem Kindeswohl dient, besteht kein Anlass mehr für eine einstweilige Anordnung als vorläufige Regelung, sondern das Gericht hat von Amts wegen im Hauptsacheverfahren endgültig zu entscheiden, das Sorgerecht einzuschränken resp. den Umgang zeitlich zu befristen (§ 1684 IV 1 BGB) oder dauerhaft (§ 1684 IV 2 BGB) auszuschließen. Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten das reguläre Rechtsmittel der Beschwerde zu.

Einschränkungen des Sorgerechts oder des Umgangsrechts im Wege der einstweiligen Anordnung sind also nur statthaft, solange der entscheidungserhebliche Sachverhalt noch nicht geklärt ist und solange das Gericht zeitlichen Spielraum benötigt, um ihn mit Blick auf Kindeswohl oder Kindeswohlgefährdung zu klären. Im Bereich des Umgangsrechts genügt dazu bei Beachtung des verfassungsrechtlichen Gebots der Verhältnismäßigkeit nahezu immer eine Modifizierung des Umgangsrechts im Sinne einer vorübergehenden Betreuung des Umgangs; ein vorübergehender kompletter Entzug des Sorgerechts oder des Umgangsrechts wird die absolute Ausnahme bleiben müssen. Der Vorläufigkeitscharakter der einstweiligen Anordnung fordert im Übrigen gerade bei diesen Grundrechtseingriffen ausnahmslos eine zeitliche Befristung, weil sie sonst unzulässig der Hauptsacheentscheidung vorgreifen und nicht mehr vorläufig sind.

Einer Anregung oder eines Antrags der Betroffenen, also des familienfernen Elternteils und des Kindes nach § 52 FamFG, bedarf es aber für die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens nicht. Denn das Gericht ist wegen der Vorläufigkeit seiner Maßnahme ohnehin in der Pflicht, den Sachverhalt in einem Hauptsacheverfahren von Amts wegen aufzuklären und das weitere Procedere nach Fristablauf zu regeln. Es wäre also nicht statthaft, dass das Gericht auf der Grundlage eines noch ungeklärten Sachverhalts im Wege einer einstweiligen

[3] Vgl. zum Ganzen *Röse Häußermann*, Juristische Perspektiven des Umgangsrechts bei einem sexuellen Missbrauchsvorwurf im familiengerichtlichen Verfahren, in: Marianne Clauß u.a. (Hrsg.), Sexuelle Entwicklung und sexuelle Gewalt, Grundlagen forensischer Begutachtung von Kindern und Jugendlichen, 2005, S. 115 ff.

Anordnung eine zeitlich unbefristete Regelung trifft und den Dingen dann untätig seinen Lauf lässt, solange bis einer der Betroffenen sich rührt.

Zwingend ist deshalb ein Gesetzesverständnis, nach dem ein Antrag oder eine Anregung auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kraft Natur der Sache implizit zugleich die Anregung oder den Antrag nach § 52 FamFG auf gleichzeitiges Betreiben des Hauptsacheverfahrens enthält.

c) Sonderregelungen der Vollstreckung

§ 53 II 1 FamFG ermöglicht dem Gericht, die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung bereits vor deren Zustellung an den Verpflichteten anzuordnen. Dies entspricht der Regelung des § 64b III 3 FGG für einstweilige Anordnungen in Gewaltschutzsachen; das FamFG erweitert jetzt den Anwendungsrahmen dieser Regelung auf Fälle, in denen hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht. In Betracht kommen dabei etwa einstweilige Anordnungen auf Herausgabe eines Kindes. § 53 II 2 FamFG verlagert für diese Fälle den Zeitpunkt vor, zu dem die einstweilige Anordnung wirksam wird und schafft damit die formellen Voraussetzungen für eine Vollstreckung.

d) Die einstweilige Anordnung und ihre Anfechtbarkeit

§ 57 Satz 1 FamFG regelt die begrenzte Anfechtbarkeit von Entscheidungen im Verfahren der einstweiligen Anordnung. Die Vorschrift übernimmt den gegenwärtigen Rechtszustand (§ 620c ZPO) und erweitert die Anfechtbarkeit künftig ausdrücklich auch auf ablehnende Entscheidungen über Anträge auf Regelung der elterlichen Sorge oder Anordnung der Herausgabe eines Kindes. § 57 Satz 2 Nr. 3 FamFG regelt neu und zu Recht die Anfechtbarkeit einer Entscheidung über eine Verbleibensanordnung nach §§ 1632 IV, 1682 BGB. Lebt ein Kind seit längerer Zeit in Familienpflege oder in einem Haushalt mit einer Bezugsperson, greift eine Verbleibensanordnung oder deren Ablehnung nämlich ebenso hart in die persönlichen Verhältnisse des Kindes ein wie die Anordnung der Herausgabe an einen Elternteil oder deren Ablehnung.

In allen übrigen Verfahren steht es den Beteiligten offen, unmittelbar oder über § 52 FamFG ein Hauptsacheverfahren einzuleiten und auf diese Weise die einstweilige Anordnung durch das Gericht und anschließend durch das Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen oder auf eine Abänderung hinzuwirken, die in weitgehendem Umfang möglich ist. Etwaige Verletzungen des Grundrechts auf rechtliches Gehör können mit der Anhörungsrüge (§ 44 FamFG) geltend gemacht werden.

e) Die Unanfechtbarkeit der einstweiligen Anordnung in Umgangsrechtssachen

Der Regierungsentwurf sah in § 57 Satz 2 letzter Halbsatz ursprünglich auch ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen vor, die den Ausschluss des Umgangsrechts nach § 1684 IV BGB gegenüber einem Elternteil anordnen. In der endgültigen Fassung dieser Vorschrift ist diese Variante entfallen. Anfechtbar sollte nach dem Regierungsentwurf ausschließlich der vollständige Ausschluss des Umgangsrechts sein. Die positive Anordnung von Umgang sollte von einer Anfechtbarkeit ausgenommen bleiben, weil der Umgang mit den Eltern oder mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, nach der Grundwertung des Gesetzes regelmäßig dem Wohl des Kindes dient, § 1626 III BGB.

Der Wegfall der Anfechtbarkeit in der jetzigen Gesetzesfassung ist bedauerlich. Die Regelung im Regierungsentwurf fügte sich nahtlos in die Systematik des § 57 FamFG ein. Denn dort sind Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen vorgesehen, die Grundrechte betreffen, nämlich die Grundrechte aus Art. 13 (Wohnungszuweisung) und Art. 6 GG. Der Ausschluss des Umgangsrechts greift in Grundrechtspositionen des betroffenen Elternteils und in solche des Kindes ein. Denn das Recht des Kindes auf ungehinderten Umgang mit beiden Eltern dürfte als „Naturrecht" mindestens ebenso Grundrechtsqualität haben wie das aus Art. 6 GG abgeleitete Umgangsrecht der Eltern mit ihren Kindern, dessen sie bedürfen, um ihren elterlichen Pflichten nachzukommen. Der komplette Ausschluss des Umgangsrechts ist ein folgenschwerer Eingriff, der in seinem Gewicht denen der vorausgehenden Nummern des § 57 FamFG in nichts nachsteht. Denn wegen der – je nach Alter des Kindes – auch bei einem kürzeren Umgangsabbruch drohenden Entfremdung zwischen Kind und Umgangsberechtigtem besteht in der Praxis immer wieder die Gefahr, dass der Umgangsausschluss zu Lasten des Kindes und des Umgangsberechtigten vollendete Tatsachen schafft.

Die jetzige Gesetzesfassung begründet der Gesetzgeber folgendermaßen:

> *„Den Betroffenen […] steht die Möglichkeit offen, gemäß § 52 Abs. 1 das Gericht zu veranlassen, das Hauptsacheverfahren einzuleiten, in dem das Gericht eine abschließende Regelung zum Umgang zu treffen hat. […] Eines Rechtsmittels im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bedarf es deswegen nicht."*[4]

Diese Begründung trägt nicht. Richtig wäre es gewesen darauf hinzuweisen, dass das Gericht nach Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der es das Umgangsrecht vorläufig ausschließt, von Amts wegen das Hauptsacheverfah-

---

[4] BT-Drs. 16/9733, S. 356.

ren zu betreiben hat.[5] Ein entsprechend eindeutiger Hinweis zumindest in den Gründen wäre hilfreich gewesen. Es ist sehr zu hoffen, dass zumindest die zu erwartenden Gesetzes-Kommentierungen und die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Punkt alsbald klärend wirken.

f) Einstweilige Anordnung in Unterhaltssachen – Besonderheiten

§ 246 FamFG trifft gesonderte Regelungen für einstweilige Anordnungen in Unterhaltssachen. Absatz 1 regelt die Befugnis des Gerichts, durch einstweilige Anordnung die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt oder zur Zahlung eines Kostenvorschusses für ein gerichtliches Verfahren zu regeln.

Die Vorschrift modifiziert gegenüber § 49 FamFG die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenseite. Auf der Tatbestandsseite entfällt in Unterhaltssachen das Erfordernis eines Anordnungsgrundes im Sinne eines dringenden Regelungsbedürfnisses. Auf der Rechtsfolgenseite verzichtet das Gesetz auf das Gebot der Vorläufigkeit der Maßnahme. Wie im geltenden Recht kann daher durch eine einstweilige Anordnung der volle laufende Unterhalt ohne zeitliche Begrenzung zuerkannt werden, soweit der Unterhaltsanspruch glaubhaft gemacht ist. Die Interessen des Unterhaltsschuldners werden durch die Möglichkeit der Erzwingung eines Hauptsacheverfahrens nach § 52 II FamFG und des Antrags auf Aufhebung oder Änderung der Entscheidung nach § 54 FamFG gewahrt. Das Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung bestimmt sich nach § 56 FamFG.

§ 246 II FamFG macht deutlich, dass der Entscheidung in Unterhaltssachen auch in den einstweiligen Anordnungsverfahren tunlich eine mündliche Verhandlung vorausgehen sollte, weil sie meist zur Aufklärung des Sachverhalts oder für eine gütliche Streitbeilegung geboten ist. Auch darin liegt eine Abweichung gegenüber den §§ 49 ff., die dem Gericht in § 51 II 2 FamFG die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (nicht aber ohne rechtliches Gehör, was in der Praxis mitunter übersehen wird!) bedingungslos gestatten. In Unterhaltssachen steht nämlich das Ziel einer Verfahrensbeschleunigung nicht so sehr im Vordergrund, weil es hier – anders als etwa in Kindschafts- oder Gewaltschutzsachen – nicht um Maßnahmen der öffentlich-rechtlichen Gefahrenabwehr geht, sondern um zivilrechtlichen Regelungsbedarf. Die mündliche Verhandlung trägt zu einer sachlich richtigen Entscheidung bei. Dort kann das Gericht mit den Parteien offen gebliebene Gesichtspunkte klären und Rechts- und Einschätzungsfragen erörtern. Die Verhandlungssituation erleichtert zu-

[5] Siehe dazu ausführlich oben unter II. 3. b) bb).

dem das Zustandekommen von Vereinbarungen. Nur in einfach gelagerten oder besonders eilbedürftigen Fällen kommt eine Entscheidung unter Verzicht auf eine mündliche Verhandlung in Betracht.

Einer anwaltlichen Vertretung in Verfahren über die einstweilige Anordnung bedarf es nicht, § 114 IV Nr. 1 FamFG.

Einstweilige Anordnungen in Unterhaltssachen sind in den abschließenden Katalog des § 57 FamFG über die Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen nicht aufgenommen und deshalb nicht anfechtbar.

4. Zwangs- und Vollstreckungsmittel

Das FamFG ordnet die Grundsätze für die Anwendung von Zwangs- und Vollstreckungsmitteln neu und beseitigt damit die bisherige unübersichtliche Vermischung beider Rechtsinstitute in § 33 FGG. Zwangsmittel dienen der Durchsetzung verfahrensleitender Anordnungen des Gerichts, in Familiensachen insbesondere der Durchsetzung von Auskunftspflichten in Versorgungsausgleichssachen. Zwangsmittel des Gerichts sind im neuen Recht in § 35 FamFG angesiedelt. Vollstreckungsrechtliche Vorschriften regeln dagegen die Durchsetzung verfahrensabschließender gerichtlicher Entscheidungen. Sie finden sich künftig in den §§ 86 ff. FamFG.

a) Zwangsmittel

Die Neuregelung der Zwangsmittel ist geprägt von dem gesetzgeberischen Ziel der Verfahrensbeschleunigung. Die Notwendigkeit einer vorherigen Androhung eines Zwangsmittels entfällt künftig. Das Gericht muss auch nicht mehr stufenweise vorgehen und zunächst Zwangsgeld und erst bei Erfolglosigkeit Zwangshaft anordnen. Das neue Recht lässt vielmehr künftig auch die originäre Zwangshaft in Fällen zu, in denen von Anfang an ersichtlich ist, dass die Verhängung eines Zwangsgeldes als Zwangsmittel ungeeignet ist.

b) Vollstreckungsrecht

Im Vollstreckungsrecht schließt das Gesetz eine konstruktive Lücke. Das geltende Vollstreckungsrecht regelt lediglich als Rechtsfolge die möglichen Vollstreckungsmaßnahmen, trifft jedoch keine Bestimmungen über die Ausgangsvoraussetzungen der Vollstreckung. Der Entwurf stellt jetzt klar, aus welchen Titeln man vollstrecken kann, § 86 FamFG, sowie – in Umgangs- und Herausgabesachen – welches Gericht die Vollstreckung betreibt, § 88 FamFG. Des Weiteren regelt das neue Recht, wann die Vollstreckung von Amts wegen und

wann auf Antrag erfolgt, § 87 I FamFG, und welches Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren statthaft ist, § 87 IV FamFG.

Die Vollstreckung von Sorge- und Umgangsentscheidungen gestaltet das neue Recht schneller und effektiver aus. Bei Verstößen gegen Verpflichtungen aus Entscheidungen zum Aufenthaltsbestimmungs- und Umgangsrecht sowie zur Kindesherausgabe werden künftig nicht mehr Zwangsmittel sondern Ordnungsmittel verhängt. Sie können – anders als Zwangsmittel – auch noch nach Ablauf der Verpflichtung wegen Zeitablaufs (z. B. Herausgabe des Kindes über die Feiertage) festgesetzt und vollstreckt werden. Auch hier ist die Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen entbehrlich. Einigungsversuche der Eltern im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens nach § 165 FamFG stehen der Vollstreckung ausdrücklich nicht entgegen. Diese Klarstellung des Gesetzes ist sehr zu begrüßen und macht für die Gerichte den Weg für eine rasche Vollstreckung in den Fällen frei, in denen der sorgeberechtigte Elternteil das Vermittlungsverfahren ersichtlich nur mit dem Ziel einer weiteren Verschleppung von Umgangskontakten zwischen Kind und familienfernem Elternteil missbraucht.

c) Der Umgangspfleger als Vollstreckungsalternative

Den Katalog der Vollstreckungsinstrumente im Umgangsrecht hat der Gesetzgeber im materiellen Recht um eine zusätzliche Option ergänzt. Nach § 1684 III BGB kann das Gericht Umgangspflegschaft anordnen. Mit der Institutionalisierung eines Umgangspflegers kommt der Gesetzgeber einem dringenden Bedürfnis der familienrichterlichen Praxis nach, die bei schwerwiegenden Umgangskonflikten zunehmend von der bereits nach geltendem Recht bestehenden Möglichkeit Gebrauch macht, den Eltern die elterliche Sorge für den Bereich des Umgangs nach § 1666 BGB zu entziehen und dafür einen Ergänzungspfleger einzusetzen.[6] Auch bei Anordnung einer Umgangspflegschaft nach dem neuen Recht wird das Sorgerecht der Eltern im Umfang der Befugnisse des Umgangspflegers eingeschränkt, § 1630 I BGB.

aa) Ungeschriebene Voraussetzung: eine verbindliche Umgangsregelung

Ungeschriebene Voraussetzung für die Anordnung einer Umgangspflegschaft ist, dass ihr ein Erkenntnisverfahren vorausgegangen ist, als dessen Ergebnis das Umgangsrecht des familienfernen Elternteils und des Kindes – sei es durch gerichtlich genehmigten Vergleich, sei es durch abschließende Entschei-

[6] Etwa OLG Frankfurt/Main NJW 2000, S. 368; OLG Frankfurt/Main FamRZ 2002, S. 1585; OLG Frankfurt/Main FamRZ 2004, S. 1311; OLG Karlsruhe JAmt 2000, S. 135; OLG Dresden FamRZ 2002, S. 1588; OLG München FamRZ 2003, S. 1957.

dung – geregelt ist. Grundvoraussetzung für die Bestellung eines Umgangspflegers ist nämlich immer, dass die Frage des „Ob" eines Umgangsrechts geklärt ist, dass ein Gericht also ausdrücklich oder konkludent festgestellt hat, dass das Kindeswohl dem Umgang zwischen dem betreffenden Elternteil und dem Kind nicht entgegensteht. Die Bestellung eines Umgangspflegers dient damit ausschließlich der Durchsetzung eines titulierten Rechts des Kindes und des familienfernen Elternteils und ist in seinem Kern ein vollstreckungsähnliches Instrument.

bb) Normierte Tatbestandsvoraussetzung

Ausdrücklich Voraussetzung für die Anordnung der Umgangspflegschaft ist nach § 1684 III 3 BGB, dass der Elternteil, bei dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, die Wohlverhaltenspflicht nach § 1684 II BGB „dauerhaft oder wiederholt erheblich beeinträchtigt". Die Anordnung der Umgangspflegschaft ist also auf Fälle beschränkt, in denen der betreuende Elternteil oder die Obhutsperson im Sinne des § 1684 II 2 BGB das Umgangsrecht des familienfernen Elternteils und des Kindes in erheblicher Weise vereitelt.

cc) Befugnisse des Umgangspflegers

Gegenstand der Umgangspflegschaft ist die „Durchführung des Umgangs". Nach § 1684 III 4 BGB umfasst sie das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Der Umgangspfleger kann bei der Vorbereitung des Umgangs, bei der Übergabe des Kindes an den umgangsberechtigten Elternteil und bei der Rückgabe des Kindes vor Ort sein sowie die konkrete Ausgestaltung des Umgangs bestimmen. Ergeben sich Meinungsverschiedenheiten der Eltern über die Umgangsmodalitäten (Ort des Umgangs, Ort der Übergabe des Kindes, dem Kind mitzugebende Kleidung, Nachholtermine etc.), hat der Umgangspfleger die Möglichkeit, zwischen den Eltern zu vermitteln oder von seinem Bestimmungsrecht Gebrauch zu machen. Er hat zwar ebenso wenig wie der familienferne Elternteil die Möglichkeit, die Herausgabe des Kindes vom betreuenden Elternteil mit Hilfe unmittelbaren Zwangs durchzusetzen.[7] Er kann aber allein durch seine Anwesenheit und durch seine Berichtspflicht gegenüber dem Gericht einen gewissen Druck auf die Verwirklichung des Umgangs ausüben.

---

[7] Etwas unklar die Begründung zum Regierungsentwurf (Anm. 2), S. 797, wo es heißt: „Hält das Gericht die Anwendung unmittelbaren Zwangs für erforderlich, muss es zusätzlich zur Anordnung der Umgangspflegschaft eine Entscheidung nach § 90 FamFG treffen". Gemeint sein kann damit wohl nur die Anordnung unmittelbaren Zwangs gegen den betreuenden Elternteil, eine Maßnahme, die ohne gleichzeitigen unmittelbaren Zwang gegen das Kind freilich regelmäßig nicht vorstellbar und dann wiederum nicht zulässig ist.

dd) Befristung einer Umgangspflegschaft

Die Anordnung einer Umgangspflegschaft ist als Eingriff in das grundrechtlich geschützte elterliche Sorgerecht grundsätzlich nur als Übergangslösung zulässig. § 1684 III 5 BGB sieht daher vor, dass die Anordnung der Umgangspflegschaft zu befristen ist. Entweder gelingt es den Eltern nach einiger Zeit, die Modalitäten des Umgangs selbst zu regeln, oder es erweist sich, dass die Umgangspflegschaft nicht das richtige Mittel zur Durchsetzung des Umgangsrechts des Kindes und des familienfernen Elternteils ist. Gelingt es dem Umgangspfleger innerhalb dieser Frist nicht, die Modalitäten des Umgangs zu normalisieren, so kann das Gericht aber erneut Umgangspflegschaft mit neuer Frist anordnen, wenn nach seiner Ansicht noch Erfolgschancen bestehen.

ee) Kritik am Institut des Umgangspflegers und ihre Bewertung

Die Institutionalisierung der Umgangspflegschaft wird gelegentlich unter dem Schlagwort „Kein Umgang um jeden Preis“[8] kritisiert. Diese Kritik ist unberechtigt, weil sie das Anliegen des Gesetzgebers missversteht.

Als vollstreckungsähnliches Instrument schließt die Umgangspflegschaft eine Lücke. Zu Recht verzichtet der Gesetzgeber nämlich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit darauf, zur Durchsetzung des Umgangsrechts die Anwendung unmittelbaren Zwangs gegenüber dem Kind zuzulassen, § 90 II 1 FamFG. § 90 FamFG räumt dem Gericht auch nicht die Möglichkeit ein, den Umgangspfleger bei der Durchsetzung des Umgangsrechts zur Ausübung unmittelbaren Zwangs zu ermächtigen.[9] Damit fehlt es dem Staat bisher aber an einem wirksamen Mittel, ein Recht des Kindes und des familienfernen Elternteils gegen den auch nach einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung andauernden Widerstand des betreuenden Elternteils durchzusetzen. Zwangs- oder Ordnungsgelder sind meist – und bei wirtschaftlich engen Verhältnissen sogar immer – unwirksame Mittel. Die Anordnung von Zwangshaft ist in solchen Fällen nicht nur untauglich, sondern in aller Regel kontraproduktiv und deshalb auch kontraindiziert. Unmittelbarer Zwang gegen das Kind scheidet von Gesetzes wegen vollkommen, gegen den betreuenden Elternteil mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit und das Kindeswohl nahezu immer aus.

Es ist natürlich wahr, dass Schuldner und Gläubiger von Titeln, die auf nicht vertretbare Handlungen gehen, in der Rechtswirklichkeit durchaus immer wie-

[8] Etwa *Ludwig Salgo*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 13.2.2008, S. 4, im Internet unter: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html.

[9] Vgl. Anm. 7.

der einmal feststellen und dann damit leben müssen, dass sich ein gerichtlicher Titel als nicht vollstreckbar und damit als stumpfes Schwert erweist. Umgangssachen erfordern aber eine differenziertere Betrachtung. Hier geht es nicht darum, ob es dem familienfernen Elternteil gelingt, seine Auffassung über den Nutzen des Umgangsrechts im eigenen Interesse und gegen den anderen Elternteil mit Hilfe des Gerichts auch durchzusetzen. Die Hinnahme einer Niederlage in der Auseinandersetzung mit dem anderen Elternteil wäre zumutbar und fiele in die Rubrik „Auswahlverschulden“. Die Perspektive der streitenden Eltern ist aber nicht die entscheidende. In Umgangssachen geht es um die Perspektive des Staates und seines Wächteramtes nach Art 6 II GG. Es geht um die Pflicht des Staates, das Kind bei der Durchsetzung seines ureigenen Rechts auf Umgang mit dem familienfernen Elternteil zu stärken, weil ein regelmäßiger Umgang nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers dem Wohl eines Kindes dient und nach Prüfung des Gerichts auch im jeweiligen konkreten Fall dem Kindeswohl nicht schadet. Wenn der erziehende Elternteil sich dieser Wertung des Gesetzgebers in ihrer Ausprägung durch die konkrete gerichtliche Entscheidung widersetzt und seine Durchsetzung im Wege der Selbstjustiz – mit welchen Mitteln auch immer, mittelbar oder subtil – torpediert, so verkürzt er damit grundrechtlich geschützte Rechte des Kindes und schadet dessen Wohl. Es gehört zu dem Kreis der Kernaufgaben des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 II GG, dieses titulierte Recht des Kindes auch gegen den Willen des Sorgeberechtigten wirksam werden zu lassen. Die Bestellung des Umgangspflegers gibt dem Gericht ein Instrument an die Hand, dem Kind bei der Durchsetzung dieses Rechtes mit der gebotenen Behutsamkeit zur Seite zu stehen.

III. Allgemeine Bemerkungen zum Familienverfahrensrecht im FamFG

Das Familienverfahrensrecht ist im zweiten Buch des FamFG geregelt und in insgesamt elf Abschnitte unterteilt. Die allgemeinen Vorschriften zum Familienverfahrensrecht finden sich in den ersten zehn Vorschriften des zweiten Buches, in den §§ 111 bis 120 FamFG. Sie befassen sich insbesondere mit den Verfahrensgegenständen der Familiengerichtsbarkeit, mit den grundlegenden Verfahrensprinzipien und den Besonderheiten des Rechtsmittelrechts.

1. Leitprinzip: Betonung konsensualer Verfahrensstrukturen

Der Gesetzgeber setzt im FamFG die bisherige Linie einer Stärkung außergerichtlicher Schlichtungsangebote fort und betont speziell im Rahmen der Neuordnung des familiengerichtlichen Verfahrens Konflikt vermeidende und Konflikt lösende Elemente. Ausdrücklich zu erwähnen wären die Förderung der

gerichtlichen und außergerichtlichen Streitschlichtung für Scheidungsfolgesachen in § 135 FamFG, die Beschleunigung von Verfahren über das Umgangs- und Sorgerecht in §§ 155, 156 FamFG nach den Prinzipien des „Cochemer Modells“, die Beibehaltung des Vermittlungsverfahrens in Umgangsrechtssachen in § 165 FamFG und die Institutionalisierung des Umgangspflegers in § 1684 III BGB als spezielles vollstreckungsgleiches Instrument in streitigen Umgangssachen.

2. Neuordnung der Verfahrensgegenstände des Familiengerichts

Der Gesetzgeber bündelt mit dem neuen Verfahrensrecht Streitigkeiten mit besonders engem personalem Bezug der Beteiligten zueinander im Zuständigkeitsbereich der Familiengerichtsbarkeit und verwirklicht damit die Vision des „Großen Familiengerichts“.

a) Zuständigkeit für zivilrechtliche Belange Minderjähriger

Künftig ist das Familiengericht immer zuständig, wenn es um zivilrechtliche Belange Minderjähriger geht. Denn dem Zuständigkeitskatalog hinzugefügt sind jetzt auch Adoptions- und Abstammungssachen, die bisher in den Zivilabteilungen bearbeitet wurden, sowie die Vormundschaftsangelegenheiten für Minderjährige aus dem bisherigen Zuständigkeitsbereich der aufgelösten Vormundschaftsgerichte.

b) Neue Zuständigkeit für Streitigkeiten an der Peripherie einer Ehe

Das FamFG bildet außerdem den Schlusspunkt auf dem Weg des Gesetzgebers zum „Großen Familiengericht“ durch die Zuordnung von Zuständigkeiten aus dem Nebengüterrecht und für Verfahren an der Peripherie der „Liquidation“ einer Ehe zum Privatrecht im Übrigen. Diese Streitigkeiten erreichen den Familienrichter heute nur mittelbar, als „Nebenkriegsschauplätze“ bei Vergleichsgesprächen, meist erst in der mündlichen Verhandlung nebenbei eingestreut und dann im Tatsächlichen und Rechtlichen nur unzulänglich aufbereitet. Künftig gehören auch sie in den Kernbereich familienrichterlicher Tätigkeit. § 111 FamFG fasst diese Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte jetzt in einer Kern-Vorschrift zusammen, in der alle den Familiengerichten zugeordneten Verfahrensgegenstände abschließend aufgezählt sind.

3. Die drei familienverfahrensrechtlichen Kategorien

Das Gesetz unterscheidet drei Kategorien von Familiensachen, nämlich die Ehesachen, §§ 121-150 FamFG, mit dem Unterabschnitt der Scheidungs- und Folgesachen, §§ 133-150 FamFG, die Familiensachen im engeren Sinne, vor-

nehmlich geregelt in den Abschnitten 3 bis 8, §§ 151-230 FamFG, und die Familienstreitsachen, geregelt in den Abschnitten 9 bis 11, §§ 231-270 FamFG.

a) Ehesachen

Eine eigene verfahrensrechtliche Behandlung genießen wie bisher auch die Ehesachen. Das FamFG sieht für sie durchweg dieselben verfahrensrechtlichen Sondervorschriften wie bisher in den §§ 614 ff. ZPO vor. Inhaltlich hat sich hier nicht viel Praxisrelevantes geändert,[10] man wird sich nur an die neuen Fundorte der Regelungen gewöhnen müssen.

b) Familiensachen und Familienstreitsachen

Die Unterscheidung zwischen reinen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und den bisherigen ZPO-Verfahren trifft das Gesetz in § 112 und führt dort den Begriff der Familienstreitsachen neu ein. Zu den Familienstreitsachen zählen danach alle ZPO-Verfahren aus dem bisherigen Zuständigkeitsbereich der Familiengerichte, also Unterhaltssachen und Güterrechtssachen. Familienstreitsachen sind aber auch die meisten sogenannten „sonstigen Familiensachen" aus § 266 I, nämlich diejenigen Verfahren, die den Familiengerichten durch das Gesetz neu zugewiesen sind und bisher in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fielen. Verfahrensrechtlich sind sie auch künftig über weite Strecken dem Allgemeinen Teil der ZPO und den dortigen Regelungen über das Verfahren in erster Instanz zugeordnet. In Teilbereichen gelten daneben aber auch der Allgemeine Teil des FamFG und Sonderregelungen aus seinem zweiten Buch.

Das Ordnungssystem des Entwurfs ist dabei leicht verständlich. Die Familienstreitsachen stehen im zweiten Buch des FamFG und reihen sich hinter den ersten acht reinen FamFG-Familiensachen in den Abschnitten 9 („Unterhaltssachen"), 10 („Güterrechtssachen") und 11 („sonstige Familiensachen") des zweiten Buches ein. Die erste Norm jedes Abschnitts enthält die Definition derjenigen Verfahrenskategorien, die der Abschnitt regelt. Jede dieser Definitionsnormen ist in zwei Absätze untergliedert. Dabei sind jeweils im ersten Absatz der Eingangs-Definition diejenigen Verfahren zusammengefasst, die als Familienstreitsachen vorrangig den Verfahrensvorschriften der ZPO folgen; im zweiten Absatz der Definitionsnorm findet man eine Aufzählung derjenigen Verfahren, die nicht Familienstreitsachen sind und sich deshalb verfahrensrechtlich ausschließlich nach dem FamFG richten.

[10] Vgl. unten IV. 1.

4. Harmonisierung der Terminologie im Familienverfahrensrecht

Das neue FamFG behält zwar die bisherige Unterscheidung zwischen den reinen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und den mehr an zivilprozessuale Verfahrensprinzipien angelehnten streitigen Verfahren bei. Es vereinheitlicht aber jetzt die bisher noch unterschiedliche prozessrechtliche Terminologie. Dabei hat der Gesetzgeber sich zugunsten der traditionellen Terminologie der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden, weil in familiengerichtlichen Verfahren viel mehr als im sonstigen Privatrecht die einvernehmliche Regelung Vorrang vor der richterlichen Entscheidung hat. Ausdrücklich schreibt das Gesetz die neue Terminologie in § 113 V FamFG fest. Künftig geht es nur noch um Verfahren und nicht mehr um Prozesse, es geht um Beteiligte und nicht um Parteien, es geht um Anträge und nicht um Klagen, es gibt einstweilige Anordnungen und keine einstweiligen Verfügungen, aber auch keine vorläufigen Anordnungen mehr, Endentscheidungen ergehen durch Beschluss und nicht durch Urteil, Beschwerde und Rechtsbeschwerde treten an die Stelle von Berufung und Revision. Gewöhnungsbedürftig ist diese neue Terminologie in den herkömmlichen zivilprozessualen Verfahren wie Unterhalts- und Güterrechtsverfahren, Abstammungssachen sowie in den neuen „sonstigen Familiensachen“ aus dem Kreis der früheren Zivilsachen.

5. Harmonisierung des Rechtsmittelrechts

a) Beschwerde und sofortige Beschwerde

Die Reform harmonisiert den Rechtsmittelzug mit dem dreistufigen Instanzenzug der meisten anderen Verfahrensordnungen. Die Beschwerde wird Hauptsacherechtsmittel; sie ist als Rechtsmittel gegen alle erstinstanzlichen Endentscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte statthaft. In den Familienstreitsachen übernimmt sie die Funktion der Berufung. Neben- und Zwischenentscheidungen sind nur in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen anfechtbar, und zwar mit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 ZPO. Diese sofortige Beschwerde sieht eine kurze, vierzehntägige Beschwerdefrist, den originären Einzelrichter sowie im Übrigen ein weitgehend entformalisiertes Rechtsmittelverfahren vor, in dem neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen sind.

aa) Beschwerdewert

Nach § 61 FamFG ist die Beschwerde in vermögensrechtlichen Streitigkeiten und in Kostensachen statthaft, wenn der Beschwerdeführer mit mehr als sechshundert Euro beschwert ist. Dem Gericht wird jedoch die Möglichkeit eröffnet, die Beschwerde zuzulassen, wenn der Rechtsstreit grundsätzliche

Bedeutung hat. Damit können künftig auch in vermögensrechtlichen Angelegenheiten Fragen von grundsätzlicher Bedeutung unabhängig vom Erreichen einer Mindestbeschwer obergerichtlich entschieden werden. Eine Ausnahme gilt, wie bisher auch, für Versorgungsausgleichssachen, in denen nach § 228 die Beschwerde – außer wegen der Kosten – unabhängig von einem Beschwerdewert statthaft ist.

bb) Judex ad quo

Neu ist, dass Rechtsmittel künftig ausnahmslos beim judex ad quo einzulegen sind, also bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird.

§ 64 FamFG knüpft zwar grundsätzlich an § 22 FGG an, sieht aber die bisherige Wahlmöglichkeit zwischen dem judex ad quo und dem judex ad quem nicht mehr vor. Das bedeutet eine Umgewöhnung insbesondere in den Ehe- und Familienstreitsachen, in denen bisher die Berufung ausschließlich beim Berufungsgericht einzulegen war.

cc) Abhilfemöglichkeiten

§ 68 FamFG eröffnet dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird – wie bei der ZPO-Beschwerde – die Möglichkeit, der Beschwerde abzuhelfen, sofern sich die Beschwerde nicht gegen eine Endentscheidung richtet. Das ist neu. Denn nach bisheriger Rechtslage ist das Gericht nicht zur Abhilfe bei denjenigen Entscheidungen befugt, die der sofortigen Beschwerde unterliegen. Keine Abhilfemöglichkeit nach § 68 I FamFG steht dem Gericht aber künftig auch dann zu, wenn Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung in einem Verfahren des § 57 FamFG eingelegt wird. Denn die Entscheidungen in Verfahren der einstweiligen Anordnung sind nach neuem Recht instanzbeendende Endentscheidungen im Sinne von § 68 I 2 FamFG.

dd) Beschwerdebegründung

§ 117 I 1 FamFG fordert für Ehe- und Familienstreitsachen abweichend von § 65 FamFG eine Beschwerdebegründung. Diese Verpflichtung beruht auf der für beide Verfahrenstypen auch in zweiter Instanz geltenden Parteimaxime. Das folgt aus § 68 III FamFG, der für den Gang des weiteren Beschwerdeverfahrens auf die erstinstanzlichen Verfahrensvorschriften verweist, in Ehe- und Familienstreitsachen also grundsätzlich auf die Vorschriften der ZPO. Eine Überprüfung der Entscheidung von Amts wegen findet also nicht statt; der Beschwerdeführer muss vielmehr durch den obligatorischen Sachantrag bezeichnen, in welchem Umfang er die erstinstanzliche Entscheidung angreift und welche Gründe er hierfür ins Feld führt.

Nach § 117 I 2 FamFG beträgt die Frist zur Begründung der Beschwerde im Gleichlauf mit der ZPO-Berufung zwei Monate. § 117 II 1 FamFG erklärt § 528 ZPO für entsprechend anwendbar und stellt damit klar, dass das Beschwerdegericht in Ehe- und Familienstreitsachen an die Anträge der Beteiligten gebunden ist. Die Zurückverweisung richtet sich in Beschwerden gegen Ehe- und Familiensachen nicht nach § 69 I FamFG, sondern nach § 538 II ZPO.

ee) Gang des Beschwerdeverfahrens

Die Rechtsmittelinstanz in Ehe- und Familienstreitsachen ist, ebenso wie in den Familiensachen im engeren Sinne und anders als in den reinen ZPO-Verfahren, als volle zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet. Getragen wird diese Entscheidung des Gesetzgebers von der Überlegung, dass in vielen Familienstreitsachen – anders als im allgemeinen Zivilprozess – nicht über einen abgeschlossenen und deshalb feststehenden Sachverhalt gestritten wird. Typisch für die Ehe- und Familienstreitsachen ist vielmehr, dass die Beziehungen der Beteiligten zueinander gerade nicht endgültig aufgelöst, sondern nur auf eine andere Grundlage gestellt werden und deshalb immer im Fluss sind. Deshalb lassen sich die zivilprozessualen Grundentscheidungen zum Rechtsmittelrecht mit der Dynamik eines Trennungsgeschehens häufig nur schwer vereinbaren. Sie gestatten etwa in Unterhaltssachen die Berücksichtigung veränderter Einkommens- und Vermögensverhältnisse nur eingeschränkt. Den Beteiligten ist aber daran gelegen, dass solche Änderungen bereits im Rechtsmittelverfahren und nicht erst in einem neuen Verfahren berücksichtigt werden. Diesen Besonderheiten des familiengerichtlichen Verfahrens hatte der Gesetzgeber schon bisher mit einer Sonderregelung im Bereich der Anschlussberufung in § 524 II ZPO Rechnung getragen. Diese Sonderregelung wird entbehrlich, weil das Rechtsmittel künftig in allen drei Kategorien von Familiensachen einheitlich als volle unbeschränkte zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet ist.

Schwerfällig wird das Rechtsmittelverfahren deshalb aber nicht. Das Beschwerdegericht kann das Verfahren effizient gestalten. In den reinen Familiensachen kann es nach § 68 III FamFG von der Durchführung eines Termins, einer mündlichen Verhandlung oder einzelner Verfahrenshandlungen absehen, wenn das Gericht erster Instanz sie bereits vorgenommen hat und das Beschwerdegericht sich von einer bloßen Wiederholung des jeweiligen Verfahrensschrittes keine entscheidungserheblichen neuen Erkenntnisse verspricht. § 117 III FamFG verschärft die Anforderungen an das Procedere des Beschwerdegerichts in Ehe- und Familienstreitsachen maßvoll. Das Gesetz eröffnet dem Gericht hier zwar ebenfalls die Möglichkeit, die Beschwerde im Beschlussverfahren zurückzuweisen, gestaltet den Verfahrensablauf aber ent-

sprechend § 522 II und III ZPO. Das Gericht hat die Beteiligten also im Vorfeld auf seine Absicht hinzuweisen, von der Durchführung einzelner Verfahrensschritte abzusehen. Der Beschwerdeführer erhält mit dem Hinweis die Möglichkeit, dem Beschwerdegericht weitere Gesichtspunkte zu unterbreiten, die eine (erneute) Durchführung der mündlichen Verhandlung rechtfertigen.

Nach §§ 117 IV, 69 II FamFG ist in Ehe- und Familienstreitsachen – wie in den reinen ZPO-Verfahren nach § 540 II 2 ZPO – auch eine Protokollentscheidung möglich, wenn der Beschluss in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, verkündet wird. Für die reinen Familiensachen gilt diese Erleichterung nicht (§ 69 FamFG).

b) Rechtsbeschwerde

Das FamFG schafft die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht ab und ersetzt sie in den §§ 70 ff. FamFG durch die zulassungsabhängige Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof. Damit erhält der Bundesgerichtshof in stärkerem Umfang als bisher Gelegenheit, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden. Der Bundesgerichtshof ist an die Zulassungsentscheidung – anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen – gebunden. Er kann aber nach dem neu eingefügten § 74a FamFG mit einer analogen Konstruktion zu § 522 II ZPO eine zugelassene Beschwerde wegen offensichtlicher Unbegründetheit ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückweisen, wenn er die Beteiligten vorher auf die beabsichtigte Zurückweisung hingewiesen und ihnen dazu rechtliches Gehör gewährt hat (§ 74a II FamFG).

IV. Einige Bemerkungen zu einzelnen Familiensachen

1. Verfahren in Ehescheidungssachen und Folgesachen

a) Erleichterte unstreitige Scheidung

Der Gesetzgeber hat die Voraussetzungen für die unstreitige Scheidung nach Ablauf eines Trennungsjahres weiter entschärft und § 630 ZPO ersatzlos gestrichen. In den Fällen des § 1566 I BGB, wenn also die Ehegatten seit mindestens einem Jahr getrennt leben und beide die Scheidung beantragen oder der andere Ehegatte der Scheidung zustimmt und deshalb nach dem Gesetz das Scheitern der Ehe unwiderleglich vermutet wird, hat das Familiengericht die Ehe zu scheiden. Weitere Feststellungen zum Scheitern der Ehe und eine Vereinbarung über fakultative Folgesachen sind bei beiderseitigem Schei-

dungswillen nicht mehr erforderlich. Insbesondere ist es nach neuem Recht entbehrlich, dass die Parteien vor einer unstreitigen Scheidung auf Grund der Scheiternsvermutung einen Titel vorlegen, in dem die in § 630 ZPO aufgezählten Scheidungsfolgen abschließend geregelt oder tituliert sind. Damit reagiert der Gesetzgeber auf eine verbreitete Praxis der Familiengerichte. § 630 ZPO war nämlich ohnehin seit langem weitgehend leer gelaufen, weil in vielen Oberlandesgerichtsbezirken die Gerichte das Scheitern einer Ehe nach einer einjährigen Trennungszeit in Fällen unstreitiger Scheidungen zwar nicht (gesetzeswidrig) vermuteten, aber (gesetzeskonform) dennoch mehr oder weniger ungeprüft annahmen.

Der Regierungsentwurf hatte den mit § 630 ZPO ursprünglich verfolgten, in der Praxis dann aber doch oftmals verfehlten Zweck des Schutzes des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten und der Kinder ursprünglich noch radikaler zurückgenommen und dem Gericht nur noch in § 158 II 2 FamFG aufgegeben, die Ehegatten zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht anzuhören und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung hinzuweisen. Das Gesetz in seiner geltenden Fassung hat diesen Verzicht auf den Schutz der Schwächeren – allerdings auch nur halbherzig – etwas zurückgenommen und in § 133 II FamFG die Erfordernisse an den Inhalt eines Scheidungsantrags ergänzt um die Notwendigkeit einer Erklärung, ob die Ehegatten eine Regelung über die elterliche Sorge, den Umgang und die Unterhaltspflicht gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern sowie die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht, die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und am Hausrat getroffen haben. Wegen der Regelung offener Scheidungsfolgen verweist er die Parteien damit auf die eigenen „Selbstreinigungskräfte“, stellt es dem Gericht aber natürlich frei, die Parteien auch auf außergerichtliche Beratungsmöglichkeiten hinzuweisen. Der Weg dahin führt allerdings nicht über § 135 FamFG.

b) § 135 FamFG – Außergerichtliche Streitbeilegung über Folgesachen

§ 135 FamFG eröffnet dem Familiengericht zwar die Möglichkeit, von den Ehegatten zu fordern, einzeln oder gemeinsam an einem Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Form außergerichtlicher Streitbeilegung teilzunehmen und eine Bestätigung hierüber vorzulegen. § 135 FamFG gilt aber nur dann, wenn Folgesachen schon gerichtlich anhängig sind, trifft also nicht den Fall, dass die Eheleute in der Antragsschrift bloß pflichtgemäß (§ 133 II FamFG) mitteilen, dass sie sich außer über die Scheidung sonst über gar nichts geeinigt haben.

§ 135 FamFG ist im Übrigen mit seinem Regelungsgehalt neu. Er ist vor dem Hintergrund der Bemühungen auf europäischer Ebene zu sehen, Mediation und sonstige Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung zu fördern. Die Vorschrift überträgt den Gedanken einer Schlichtung aus § 278 V 2 ZPO in das familiengerichtliche Verfahren. Hier wie dort kann das Gericht eine außergerichtliche Streitschlichtung oder Mediation aber nicht erzwingen, § 135 I 2 FamFG. Nur die Verpflichtung zur Information ist denn auch kostenrechtlich über § 150 IV 2 FamFG sanktionsbewehrt. In ihrer Entscheidung, ob sie nach der Information einer Mediation näher treten wollen oder nicht, bleiben die Ehegatten frei.

Ob das Familiengericht eine entsprechende Auflage erteilt, liegt in seinem freien Ermessen. Voraussetzung ist, dass die Wahrnehmung des Informationsgesprächs für die Ehegatten zumutbar ist. Zumutbar muss für beide Ehegatten etwa die Anreise zum Informationsgespräch sein. Weiterhin muss überhaupt ein kostenfreies Angebot für Informationsgespräche oder Informationsveranstaltungen bestehen. Notwendig ist ein Informationsgespräch; durch eine Information etwa in Form eines Merkblatts würde der Zweck der Vorschrift nicht erreicht.[11]

c) Neue Frist für die Herstellung des Verbundes

Künftig muss eine Folgesache nach § 137 II FamFG spätestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in Scheidungssachen von einem Ehegatten anhängig gemacht werden. Im bisherigen Recht bestand diese Möglichkeit noch bis zum Schluss der (letzten) mündlichen Verhandlung in der Scheidungssache. Die neue Regelung hat erst auf Vorschlag des Bundesrats in das Gesetz Eingang gefunden. Sie ist mit heißer Nadel genäht und wenig praxistauglich. Zuzugeben ist zwar, dass Familienrichter es mitunter als ärgerlich empfinden, wenn Familienanwälte die bisherige Frist bis auf die letzte Minute ausschöpfen und damit eine Beendigung des Verfahrens weiter hinausschieben. Die jetzige Vorverlagerung des Zeitpunkts, bis zu dem die Parteien Folgesachen anhängig machen können, auf 14 Tage vor der (letzten?) mündlichen Verhandlung, hilft diesem Missstand aber nicht besonders wirkungsvoll ab. Will man hinreichend rechtliches Gehör gewähren, wird man den bereits anberaumten Termin kaum halten können. Eine Terminsverlegung verschiebt aber wiederum denjenigen Zeitpunkt, bis zu dem eine Partei weitere Folgesachen zulässigerweise streitig stellen kann, und macht insbesondere bei mehrfacher Wiederholung dieser Prozedur die Angelegenheit sicher nicht erquicklicher.

---

[11] Begründung zum Regierungsentwurf (Anm. 2), S. 508 f.

d) *Sonderregelung für Kindschaftssachen als Folgesachen*

§ 137 III FamFG enthält ein weiteres neues Regelungsmoment, aus dem das Anliegen des Gesetzgebers deutlich wird, Minderjährige im Rahmen einer Trennung und Scheidung ihrer Eltern besonders behutsam und rücksichtsvoll zu behandeln und dafür zu sorgen, dass mit Blick auf ihr besonderes Zeitgefühl die Dauer einer Ungewissheit über ihr weiteres Schicksal abgekürzt wird. Eine Kindschaftssache gelangt künftig nur noch unter zwei Voraussetzungen in den Verbund, nämlich wenn ein Ehegatte dies vor Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache beantragt und wenn außerdem Gründe des Kindeswohls nicht gegen eine Einbeziehung sprechen. Das Gericht ist hier also von Amts wegen gefordert zu entscheiden, ob mit Blick auf gemeinsame minderjährige Kinder auf eine gleichzeitige Entscheidung über den Scheidungsantrag und sorgerechtliche Fragen zu verzichten ist.

e) *Abtrennung von Folgesachen*

aa) *Kindschaftssachen*

Neuerungen bringt auch § 140 FamFG, der sich mit der Möglichkeit einer Abtrennung von Folgesachen befasst. § 140 II Nr. 3 FamFG ist dabei Komplementärvorschrift zu § 137 III 1 FamFG. Im Vordergrund steht auch hier das Anliegen einer Beschleunigung der Kindschaftsfolgesachen im Interesse des Kindeswohls. Eine Abtrennung kommt jetzt schon dann in Betracht, wenn mit Blick auf das Kindeswohl das Bedürfnis für eine schnelle Entscheidung besteht, an der das Gericht wegen fehlender Entscheidungsreife eines anderen Verfahrensgegenstands im Verbund gehindert ist.

bb) *Versorgungsausgleichssachen*

§ 140 enthält in Absatz 2 Nr. 2 auch eine neue erleichterte Abtrennungsmöglichkeit der Folgesache Versorgungsausgleich. Voraussetzung ist nur noch, dass die Ehegatten in der Versorgungsausgleichssache die erforderlichen Mitwirkungshandlungen vorgenommen haben und übereinstimmend die Abtrennung beantragen; darüber hinaus muss eine Frist von drei Monaten seit Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags abgelaufen sein. Der Regierungsentwurf hatte sich noch mit sechs Monaten begnügt. Bei regulärem Verlauf kann somit nach drei Monaten eine noch offene Versorgungsausgleichsfolgesache abgetrennt und damit die Scheidung selbst entscheidungsreif gemacht werden. Gegenüber einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 10,7 Monaten in

den durch Scheidungsurteil beendeten Verfahren ergibt sich damit eine mögliche Verkürzung der Verfahrensdauer um über 40%.[12]

Unerfindlich ist, in wessen Interesse – außer dem der Anwaltschaft vielleicht und dem der Justizverwaltung in ihrem Wetteifern um die ersten Plätze beim europäischen Vergleich von Verfahrenslaufzeiten – eigentlich diese extreme Verkürzung der Dauer eines Scheidungsverfahrens liegt. Das geltende Recht und die Praxis hatten es bekanntlich mit der Scheidung einer Ehe längst nicht so eilig und erst nach einer Verfahrensdauer von mehr als zwei Jahren ein weiteres Warten auf den Scheidungsausspruch für unzumutbar erachtet. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, als sei der Gesetzgeber hier Einflüsterungen derjenigen erlegen, die Art. 6 GG nicht mehr als grundrechtliche Schutznorm für bestehende Ehen verstehen, sondern immer mehr als grundrechtlich geschützten Anspruch auf Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit.

2. Unterhaltssachen

In Unterhaltssachen geht der Gesetzgeber einen Schritt weiter in Richtung auf ein von Amts wegen zu betreibendes Verfahren. Angesichts der oftmals existenziellen Bedeutung von Unterhaltsleistungen für den Berechtigten einerseits und weil andererseits ungenügende Unterhaltszahlungen zu einem erhöhten Bedarf an öffentlichen Leistungen führen können, besteht über das private Interesse des Unterhaltsgläubigers hinaus auch ein eminentes öffentliches Interesse an einer sachlich richtigen Entscheidung zum Unterhalt. Künftig ist das Gericht deshalb unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die für die Unterhaltsberechnung erforderlichen Auskünfte vom Gegner und unter Umständen auch von Dritten einzufordern. Die zeitintensiven Stufenklagen werden damit weitgehend entbehrlich.

Die neuen gesetzlichen Regelungen segnen damit eine vertraute Praxis vieler Familiengerichte in beiden Instanzen ab. In manchen Regionen der Republik gehört es nämlich längst zum familiengerichtlichen Alltag, die Parteien abseits des Beibringungsgrundsatzes mit umfangreichen Auflagen zur Vorlage von Belegen über die für den Unterhaltsrechtsstreit erforderlichen Daten zu veranlassen.

a) Verfahrensrechtliche Auskunftspflichten der Beteiligten

§ 235 FamFG regelt die verfahrensrechtlichen Auskunftspflichten der Beteiligten gegenüber dem Gericht und entspricht mit seinem Absatz 1 Satz 1 inhalt-

[12] Begründung zum Regierungsentwurf (Anm. 2), S. 513.

lich im Wesentlichen dem bisherigen § 643 I ZPO. Ganz neu als Konstruktion ist aber die Regelung in § 235 I 2 FamFG. Danach kann das Gericht von den Beteiligten eine schriftliche Versicherung anfordern, dass sie die Auskunft wahrheitsgemäß und vollständig erteilt haben. Das Gericht erhält damit ein Instrumentarium, das – wenigstens zum Teil – die Funktion der zweiten Stufe (eidesstattliche Versicherung) einer Stufenklage erfüllt. Die Versicherung muss durch den Beteiligten selbst abgegeben und eigenhändig unterschrieben sein. Er kann sich hierzu also nicht eines Vertreters, auch nicht eines Verfahrensbevollmächtigten bedienen. § 135 I 4 FamFG schließlich enthält eine Verpflichtung des Gerichts zu verschiedenen rechtlichen Hinweisen an die Beteiligten, insbesondere auf die Kostennachteile, die einem Beteiligten entstehen können, wenn er der Auskunftsverpflichtung nicht fristgerecht nachkommt.

Aus § 235 II FamFG ergibt sich die neue Verpflichtung des Gerichts, unter bestimmten Voraussetzungen von Amts wegen tätig zu werden. Inhaltliche Voraussetzungen für diese Verpflichtung sind, dass ein Beteiligter einen entsprechenden Antrag stellt und der andere Beteiligte vor Beginn des Verfahrens einer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestehenden Auskunftspflicht entgegen einer Aufforderung innerhalb angemessener Frist nicht nachgekommen ist.

Etwas konturlos ist die Regelung in § 235 IV, nach der der Adressat einer Auskunftsanordnung verpflichtet ist, das Gericht unaufgefordert über eine Veränderung derjenigen Umstände zu unterrichten, die Gegenstand der Auskunft waren. Ziel dieser Verpflichtung ist es nach der Gesetzesbegründung, das laufende Verfahren zu beschleunigen. Offen ist aber, wie das Gericht einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur ungefragten Auskunftsergänzung sanktionieren und ihr damit auch Nachdruck verleihen kann.

b) Verfahrensrechtliche Auskunftspflichten Dritter

§ 236 FamFG regelt die Auskunftsverpflichtung Dritter gegenüber dem Gericht.

§ 236 I FamFG entspricht im Ausgangspunkt dem bisherigen § 643 II 1 ZPO und enthält die Befugnis des Gerichts, für den Fall, dass ein Beteiligter innerhalb nachgelassener Frist einer nach § 235 I FamFG bestehenden Verpflichtung nicht oder nicht vollständig nachkommt, bestimmte Auskünfte und Belege bei Dritten anzufordern. Er modifiziert das geltende Recht aber auch. Die Formulierung des einleitenden Satzteils ist teilweise an § 235 I 1 FamFG angeglichen. Eine Abweichung ergibt sich insoweit, als das Vermögen und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht vom Auskunftsrecht des

Gerichts gegenüber Dritten umfasst sind. Auf diese Weise wird eine Ausforschung vermieden und der Umfang der Inanspruchnahme der an dem Verfahren nicht beteiligten Dritten begrenzt. Der Bestand des Vermögens spielt für die Berechnung des Unterhalts ohnehin nur in den Fällen eine Rolle, in denen der Unterhaltsberechtigte seinen Bedarf zunächst aus dem Stamm seines Vermögens zu finanzieren hat, bevor er den Unterhaltsverpflichteten in Anspruch nehmen kann, oder in den sehr seltenen Ausnahmefällen, in denen umgekehrt der Unterhaltsverpflichtete zur Finanzierung seiner Unterhaltsschuld auch den Stamm seines Vermögens heranziehen muss. Erträge des Vermögens, wie etwa Zinsen, sind bereits vom Begriff der Einkünfte umfasst.

c) Abänderung von Unterhaltstiteln

Klarstellungen, aber auch Neuerungen enthält das Gesetz für die Abänderung von Unterhaltstiteln. Grundsätzlich orientieren sich die Abänderungsmöglichkeiten am geltenden Recht. Bei der Zeitgrenze (derzeit § 323 III ZPO) wird künftig die auf Herabsetzung gerichtete Abänderungsklage mit der Klage auf Erhöhung des Unterhaltsbetrages im Wesentlichen gleichgestellt. Schließlich sind Sondervorschriften über die einstweilige Anordnung in Unterhaltssachen[13] vorgesehen.

d) Anwaltszwang in Unterhaltssachen

Bemerkenswert und im systematischen Kontext nicht auf Anhieb verständlich ist, dass das neue Recht einen Anwaltszwang für Unterhaltssachen im Hauptsacheverfahren einführt. Nicht so leicht nachvollziehbar ist der künftige Anwaltszwang, weil er einhergeht mit einem Paradigmenwechsel im Unterhaltsrecht weg von der Parteienmaxime und hin zur Ermittlung der entscheidungserheblichen Daten von Amts wegen. Denn das Prozessrecht ist durchzogen von dem Prinzip, dass immer dann, wenn das Gericht von Amts wegen tätig wird, ein Anwaltszwang entbehrlich ist und das Gesetz auch auf ihn verzichtet. Schon der Anwaltszwang im Scheidungsverfahren ist ein überkommenes und jedenfalls für die einvernehmliche Scheidung längst überholtes Relikt aus der Zeit vor 1977, als Scheidungsverfahren noch vor den Landgerichten geführt wurden.

Nachvollziehbar wird der jetzt etwas überraschend für Unterhaltssachen ins Leben gerufene Anwaltszwang, wenn man die Historie des Gangs der Gesetzgebung beleuchtet. Ursprünglich hatte der Gesetzgeber der Anwaltschaft einen Anwaltszwang in Unterhaltssachen als Kompensationsleistung angeboten für die Zustimmung zu eben jener vereinfachten anwaltsfreien unstreitigen Schei-

[13] Vgl. oben unter II. 3. f.

dung. Der Anwaltschaft ist es ziemlich spät und erst auf dem politischen Parkett gelungen, diese anwaltsfreie unstreitige Scheidung zu verhindern. Der Anwaltszwang in Unterhaltsverfahren war zu diesem Zeitpunkt aber schon unverrückbar in der Welt und ließ sich nicht mehr in Frage stellen.

Er wird die familienrechtliche Welt nicht aus den Angeln heben. Die Zahl derjenigen Parteien, die ohne Anwalt vor dem Familienrichter erscheinen, ist ohnehin vernachlässigenswert. Sie können künftig anwaltsfrei ihre Unterhaltsansprüche im einstweiligen Anordnungsverfahren titulieren lassen, so dass mit der Einführung des Anwaltszwangs auch für die Länderhaushalte kein messbarer Schaden zu befürchten ist.

3. Kindschaftssachen

Die Erläuterung der Veränderungen in den Kindschaftssachen bleibt dem folgenden Beitrag vorbehalten.[14] Nur zu § 154 FamFG seien einige Bemerkungen gestattet. Sie wären entbehrlich, hätte der Bundesrat nicht eine Ergänzung des Regierungsentwurfs durchgesetzt, die die Regelung in ihrer praktischen Handhabung nicht gerade geschmeidiger macht. § 154 FamFG regelt die örtliche Zuständigkeit für Fälle, in denen einer der beiden sorgeberechtigten Eltern den gewöhnlichen Aufenthalt eines gemeinsamen Kindes eigenmächtig geändert hat und ungefragt mit ihm in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Familiengerichts gezogen ist. In Anlehnung an internationale Vereinbarungen[15] sah der Regierungsentwurf vor, dass in solchen Fällen das Gericht am letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt zuständig bleibt und ein Verfahren dorthin abgegeben werden soll.

Richtig an der jetzt geänderten Fassung der Vorschrift ist, dass eine Abgabeentscheidung das aufnehmende Gericht bindet. Aus dogmatischer Sicht systemwidrig und inhaltlich praxisuntauglich hingegen ist die vom Bundesrat durchgesetzte Ergänzung der Vorschrift dahin, dass eine Verweisung an das Gericht am Ort des früheren gewöhnlichen Aufenthalts dann unstatthaft ist, wenn die Änderung des Aufenthalts zum Schutz des Kindes oder des betreuenden Elternteils erforderlich war. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – wie hier des Begriffes der Erforderlichkeit und des Schutzbedürfnisses – ist in Zuständigkeitsvorschriften eine nahezu unverzeihliche Sünde. Nirgends sind vom Gesetzgeber so bedingungslos klare Regelungen gefordert wie

[14] *Michael Coester,* Verfahren in Kindschaftssachen, in diesem Band, S. 39 ff.

[15] Die Regelung macht einen Grundgedanken des „Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung“ aus dem Jahr 1980 nutzbar und folgt den dort vereinbarten Prinzipien zumindest für den Bereich der örtlichen Zuständigkeit.

im Bereich der Zuständigkeit, weil nichts so sehr Justiz- und Rechtsverdrossenheit bei Beteiligten nährt wie ein lange währender Streit allein um die Frage, welches Gericht überhaupt zuständig ist. Es ist ein Unding, dass diese Regelung ein Gericht, das sich an die Buchstaben des Gesetzes hält, dazu zwingt, sich bereits im Zusammenhang mit der Klärung der Frage seiner Zuständigkeit vertieft mit dem Kindeswohl und/oder der Gefährdung eines Ehegatten durch den anderen auseinanderzusetzen, womöglich unter Einbeziehung eines Sachverständigen. Solche womöglich langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzungen nützen vielleicht dem trennungswilligen Elternteil, der an ihrem Ende mangels anderer schlagkräftiger Argumente mindestens auf die Eingewöhnung des Kindes in der neuen Umgebung verweisen will – dem Kind aber schadet ohnehin jeder Rechtsstreit, je länger er währt, umso mehr. Man kann nur hoffen, dass die Gerichte in der täglichen Praxis mit der Prüfung dieser Frage nicht viel Zeit vergeuden und dieses „Missgeschick" des Gesetzgebers auf nahe liegendem, pragmatischem Wege beheben. Immerhin kostet es ein Gericht weniger Aufwand, eine solche Kindschaftssache an das Gericht des ursprünglichen Aufenthalts abzugeben, als es zu behalten. Eine Abgabe bedarf keiner Begründung, ist bindend und nicht anfechtbar. Es gilt darauf zu achten, dass der Gesetzgeber es jedenfalls dabei auch künftig belässt.

V. Ausblick

Das FamFG hat nach einem ersten Eindruck seine Vorschusslorbeeren verdient, mit denen die Fachöffentlichkeit es in den vergangenen Monaten bereits bedacht hat. Es präsentiert sich als ein Reformwerk aus der Praxis für die Praxis und zählt – wie das ZPO-Reformgesetz – zu denjenigen Gesetzesnovellierungen, die das Verfahrensrecht neu strukturieren, ohne Bewährtes zu zerstören. Das ist nicht zuletzt der „innovativen" Herangehensweise des Gesetzgebers an diese Mammut-Aufgabe zu verdanken. Er hatte nämlich nicht, wie sonst so oft, der Praxis erst im Endstadium der Arbeiten am Gesetz Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, sondern von Beginn an die wichtigsten Normadressaten in den Gesetzgebungsprozess eingebunden, angefangen von der Einforderung eines „Wunschzettels" erfahrener Familienrechtler und Fachleute aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Vertretern aus Praxis, Wissenschaft und Rechtspolitik. Diesen Wunschzettel hat das Ministerium nicht nur gewissenhaft und minutiös, sondern auch im fortlaufenden Dialog mit den betroffenen Berufsgruppen abgearbeitet. Das enge Zusammenspiel zwischen Politik und justizieller Praxis zeigt sich bei der Lektüre des Gesetzes allenthalben. Die Familienrechtler werden sich an das neue familienrechtliche Verfahren also nicht erst lange gewöhnen müssen. Es wird sich

rasch bewähren als eine maßgeschneiderte Verfahrensordnung für die, die es angeht: die Rechtsuchenden und die Organe der Dritten Gewalt.

Verfahren in Kindschaftssachen

Michael Coester

I. Begriff und Grundkonzeption

Mit den in §§ 151-168a FamFG geregelten „Kindschaftssachen" eröffnet das FamFG[1] eine neue und eigenständige Kategorie im Rahmen des großen Katalogs von „Familiensachen", den § 111 FamFG auflistet. Die „Kindschaftssachen" alten Rechts, §§ 640 ff. ZPO, sind weitgehend und kennzeichnungskräftiger zu „Abstammungssachen" (§§ 169-185 FamFG) geworden; gemeinsamer Nenner der neu konzipierten Verfahrensgattung soll die zentrale Bedeutung

[1] Zitate von Vorschriften des FamFG beziehen sich auf die Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/9733, die dann auch vom Bundestag am 27.6.2008 verabschiedet worden ist. Der Bundesrat hat dem Gesetz in dieser Fassung am 19.9.2008 zugestimmt, und es wurde am 22.12.2008 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I 2008, S. 2586). Zitate von FGG- oder BGB-Vorschriften mit dem Zusatz „n.F." beziehen sich auf die Fassung, die diese Vorschriften durch das „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls" (KiWoMaG) mit Wirkung vom 12.7.2008 erhalten haben. Das FamFG wird diese Regelungen weitgehend übernehmen und ersetzen.

der Person des Kindes im Verfahren sein.[2] Die Aufzählung von Kindschaftssachen in § 151 FamFG bestätigt, dass es hier durchgehend um grundsätzliche Fragen des Kindeswohls und der elterlichen Verantwortung geht, die nicht speziell in einer anderen Verfahrensart, wie etwa Adoptions- oder Gewaltschutzsachen, geregelt sind – „Kindschaftssachen“ sind also auch eine Auffangkategorie für Verfahren betreffend die Kindesperson in weitestem Sinne. Damit findet die zentrale Bedeutung, die der Rechtssubjektivität des Kindes, vor allem über den Kindeswohlprimat, im materiellen Kindschaftsrecht zukommt, erstmals auch im Verfahrensrecht ihre angemessene Entsprechung – jedenfalls im konzeptionellen Ansatz. Den Weg dorthin hat das BVerfG schon seit langem gewiesen: „Das Persönlichkeitsrecht des […] Kindes aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verpflichtet dazu, auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht Vorkehrungen zu treffen, um eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu ermöglichen.“[3] Die mit der Neuzeit einsetzende „Herausbildung einer eigenständigen Kategorie des Menschseins, derjenigen von Kindheit und Jugend“ in Unterscheidung zum Erwachsenenstatus[4] soll verstärkt auch ihre verfahrensrechtliche Ausprägung finden.

Allerdings nützt eine neue Kategorie allein noch nichts, wenn es nicht auch inhaltlich gelingt, die dem Kindstatus angemessene, eigentümliche Balance zu finden zwischen Beachtung und Achtung der Subjektivität der Person „Kind“ einerseits, ihrem Schutz angesichts noch nicht voll entwickelter Eigenverantwortlichkeit andererseits – in verfassungsrechtlicher Terminologie die Balance zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Kindes aus Art. 1, 2 I GG und seinem Schutz durch die Eltern, hilfsweise durch die staatliche Gemeinschaft gem. Art. 6 II GG. Wie das materielle Kindschaftsrecht muss auch das Verfahrensrecht die angemessene Mitte finden zwischen Scylla und Charybdis, d.h. es muss eine überschießende Bevormundung des Kindes vermeiden, ohne es gleichzeitig mit seinen subjektiven Rechten allein zu lassen. Diese Grundproblematik wird bei Einzelfragen des neuen Kindschaftsverfahrens in spezifischer Form wieder auftauchen.

[2] Entwurfsbegründung, BR-Drs. 307/07, S. 518.

[3] BVerfG FamRZ 2004, S. 1267, 1269, in Anlehnung an BVerfGE 72, S. 122, 124; BVerfG FamRZ 1999, S. 85, 87; BVerfGE 81, S. 124, 126.

[4] *Dieter Schwab*, Mündigkeit und Minderjährigenschutz, AcP 172 (1972), S. 266; *Ludwig Salgo*, in: ders./Gisela Zenz/Jörg Fegert u.a. (Hrsg.), Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche, 2002, Rn. 45.

II. Internationale Zuständigkeit

Die Prüfung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts steht, wie jeder Praktiker weiß, an der Spitze aller verfahrensrechtlichen Überlegungen. Über die sachliche Zuständigkeit des Familiengerichts ist bereits berichtet worden; auf die örtliche Zuständigkeit werde ich in anderem Zusammenhang, beim Beschleunigungsgebot, kurz zu sprechen kommen. Hier soll der Fokus nur auf eine in der Praxis gelegentlich etwas vernachlässigte Thematik gerichtet werden, die internationale Zuständigkeit. Nach ihr ist zu fragen, wenn der Sachverhalt Auslandselemente aufweist. Das FamFG bringt insoweit inhaltlich nichts Neues: § 97 I FamFG betont jetzt auch auf der Ebene des internationalen Verfahrensrechts den Vorrang völkerrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Regelungen; dies entspricht Art. 3 III EGBGB für die Ebene des IPR. Soweit solche Regelungen fehlen oder nicht eingreifen, ist es Sache des internen deutschen Rechts, die internationale Zuständigkeit deutscher Familiengerichte festzulegen. Entsprechende Regelungen finden sich für Kindschaftssachen künftig in § 99 FamFG, der im Wesentlichen auf der Linie der bisherigen §§ 35b und 47 FGG liegt.

Vorrangig in Kindschaftssachen sind vor allem bei Entführungsfällen das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ) und das Europäische Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ) sowie für Kindesschutzsachen das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA) beziehungsweise künftig das Haager Kinderschutzabkommen (KSÜ).[5]

Innerhalb der EU verdrängt, ganz übergreifend, die Brüssel IIa-VO (auch genannt: EuEheVO) von 2003 die nationalen Zuständigkeitsregeln für alle Fragen, die die „elterliche Verantwortung" betreffen; dabei werden auch die Vorschriften des HKÜ für den gemeinschaftsinternen Bereich modifiziert. Der mit „Zivilsachen" und „elterliche Verantwortung" umschriebene sachliche Anwendungsbereich der VO (Art.1 lit.b)) ist in Grenzbereichen, insbesondere dem Kindesschutzrecht, unklar und umstritten; einige wichtige Klärungen hat insoweit eine EuGH-Entscheidung vom Ende des letzten Jahres gebracht.[6] Insoweit ist, kurz aufgelistet, künftig Folgendes zu beachten:

---

[5] Im Einzelnen *Marianne Andrae*, Zur Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs von EheVO, MSA, KSÜ und autonomem IZPR/IPR, IPRax 2006, S. 82 ff.

[6] EuGH FamRZ 2008, S. 125 ff.; dazu *Anatol Dutta*, Staatliches Wächteramt und europäisches Kindschaftsverfahrensrecht – die Anwendbarkeit der Brüssel IIa-Verordnung auf staatliche Maßnahmen zum Schutz des Kindes, FamRZ 2008, S. 835 ff.

(1) Die Auslegung der genannten Begriffe der VO hat nicht aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts, sondern autonom aus dem Gemeinschaftsrecht heraus zu erfolgen. Dabei kennt das Gemeinschaftsrecht keine übergreifende Begrifflichkeit, vielmehr ist je nach dem Zweck jedes einzelnen Rechtsakts zu entscheiden, was mit „Zivilsachen“ oder „elterlicher Verantwortung“ gemeint ist[7] – eine auch aus dem deutschen Recht durchaus bekannte, funktionale Betrachtungsweise.

(2) Für den Bereich der Brüssel IIa-VO legt der EuGH den Begriff der „elterlichen Verantwortung“ extensiv aus[8] – erfasst sollen im Ergebnis letztlich alle gerichtlichen oder behördlichen Maßnahmen sein, „die in irgendeiner Form auf die elterliche Verantwortung einwirken“,[9] also auch Maßnahmen, die auf der Schnittlinie von Familienrecht und öffentlichem Recht liegen, wie etwa die Unterbringung oder Inobhutnahme von Kindern.

(3) Diese weite Auslegung verletzt nicht die generelle Geltungsbeschränkung der VO auf „Zivilsachen“ (Art.1 I). Für das Kindschaftsrecht ist eine Verflechtung zivil-, sozial- und allgemein-öffentlichrechtlicher Regelungen geradezu typisch, aber in den einzelnen Rechtsordnungen der EU durchaus unterschiedlich geregelt. Diese unterschiedliche rechtstechnische Ausgestaltung soll dem gemeinschaftseinheitlichen Kindschaftsverfahrensrecht nicht im Wege stehen,[10] deshalb gelten alle Verfahren, die die elterliche Verantwortung in vorgenanntem weiten Sinne berühren, als „Zivilsachen“ im Sinne der VO, selbst wenn sie nach materiellem nationalen Recht öffentlichrechtliche, unter Umständen sogar hoheitliche Züge tragen.[11] Wen das verwundert, der sei darauf hingewiesen, dass auch der BGH kürzlich – im deutsch/österreichischen Fall der Schulpflichtverweigerung – wie selbstverständlich von dieser Position ausgegangen ist.[12]

---

[7] EuGH FamRZ 2008, S. 125, 127, Nr. 45; Schlussanträge Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 20.9.2007 in Rs. C-435/06 (C), Nr. 38, 41; EuGH Rs C-443/03 (Leffler), Slg. 2005, I-9611, Nr. 45; *Dutta* (Anm. 6), S. 836, 838 f.

[8] EuGH FamRZ 2008, S. 125, 126, Nr. 32-36.

[9] *Dutta* (Anm. 6), S. 836.

[10] Vgl. näher *Viktoria Kress*, Internationale Zuständigkeit für elterliche Verantwortung in der EU, 2006, S. 44 ff.

[11] EuGH FamRZ 2008, S. 125, 127, Nr. 51, 53; *Dutta* (Anm. 6), S. 839; so bereits *Dagmar Coester-Waltjen,* Die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der neuen EU-Verordnung Brüssel IIa, FamRZ 2005, S. 241, 242; *Urs Peter Gruber,* Die neue EheVO und die deutschen Ausführungsgesetze, IPRax 2005, S. 293, 296; *Hans Rausch,* Elterliche Verantwortung – Verfahren mit Auslandsbezug vor und nach ‚Brüssel IIa' – 1. Teil: Internationale Zuständigkeit, FuR 2005, S. 53, 54 f.

[12] BGH FamRZ 2008, S. 45, 46, Nr. 12.

(4) Nimmt man hinzu, dass als „Gericht" im Sinne der VO alle mit kindschaftsrechtlichen Angelegenheiten befassten nationalen Behörden angesehen werden,[13] so wird deutlich, dass nicht nur die Familiengerichte, sondern insbesondere auch die Jugendämter das europäische Kindschaftsverfahrensrecht zu beachten haben, etwa – wie im jetzigen EuGH-Fall – bei Inobhutnahmen gemäß § 42 SGB VIII,[14] aber wohl auch schon bei Hilfsangeboten gemäß §§ 27 ff. SGB VIII: Diese setzen zwar elterliches Einverständnis voraus, sind aber doch eng mit staatlichen Schutzmaßnahmen verknüpft – so schon in § 1666a BGB. § 8a SGB VIII und die neu eingeführte „Erörterung der Kindeswohlgefährdung" (§ 50f FGG n.F. = § 157 FamFG)[15] bauen die vernetzte Einwirkung von Jugendamt und Familiengericht auf die Familie weiter aus. Als Konsequenz werden auch die Jugendämter in Fällen mit Auslandsberührung ihre internationale Zuständigkeit nach der VO zu prüfen haben, aber auch die dort eröffneten Möglichkeiten der internationalen Zusammenarbeit nutzen können (Art. 15, 53 ff. VO).[16]

Damit ist schließlich auch angedeutet, dass die Brüssel IIa-VO sich nicht nur auf die Begründung internationaler Zuständigkeit beschränkt, sondern auch auf das weitere Verfahren einwirkt – etwa durch die Organisation internationaler Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten (Art. 53-57), mit Standards zur Kindesanhörung im Verfahren[17] sowie mit der Möglichkeit europaweiter Anerkennung und Vollstreckung von kindschaftsrechtlichen Entscheidungen.[18]

[13] Art. 2 Nr. 1 VO; *Thomas Rauscher*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Art. 2 Brüssel IIa-VO Rn. 2 sowie Art. 1 Rn. 4.

[14] Schon wegen des engen sachlichen Zusammenhangs mit der Unterbringung des Kindes in einem Pflegeheim oder einer Pflegefamilie – ausdrücklich erfasst in Art. 1 I lit.d VO.

[15] Dazu noch unten III. 3. a).

[16] *Dutta* (Anm. 6), S. 836 f., 840 f.; ähnlich für das MSA *Palandt/Heldrich*, BGB, 66. Aufl. 2007, Art. 24 EGBGB, Anh. Rn. 13.

[17] *Dutta* (Anm. 6), S. 841.

[18] Auch insoweit können jugendhilferechtliche Maßnahmen mit umfasst sein, vgl. *Dutta* (Anm. 6), S. 841.

III. Vorrang und Beschleunigung, § 155 I FamFG

1. Grundsätzliches

a) Hintergrund und Schutzziel

Die Dauer kindschaftsrechtlicher Verfahren war schon lange ein Stein des Anstoßes, nicht zuletzt auch für das BVerfG und den EGMR in Straßburg.[19] Als Hintergrund des nunmehr in § 155 FamFG aufgenommenen Vorrangs- und Beschleunigungsgebotes nennt die Entwurfsbegründung etwas farblos das „Interesse des Kindeswohls".[20] Gemeint ist das spezifisch kindliche Zeitempfinden, dem eine Woche als Ewigkeit erscheinen mag, je nach Alter des Kindes, mit den entsprechenden psychischen Belastungen durch lange Verfahrensdauer und Unsicherheit, möglicherweise mehrfachen Wechsel,[21] und der inzwischen deutlich erkannten Gefahr einer faktischen Präjudizierung eines Sorge- oder Umgangstreits[22] – „justice delayed is justice denied", sagen die Briten. „Richtig" kann im Kindschaftsrecht eine Entscheidung oder Maßnahme immer nur sein, wenn sie auch „rechtzeitig" ist.[23] § 155 FamFG sowie die weiteren Beschleunigungsansätze im FamFG entsprechen damit nicht nur inzwischen allgemeiner Erkenntnis und den richtig verstandenen Vorgaben von GG und EMRK,[24] sondern auch einschlägigen völkerrechtlichen, auch für Deutschland bindenden Instrumenten: HKÜ, ESÜ, MSA sowie insbesondere jetzt auch das Europäische Kinderrechteübereinkommen von 1996, das die materiellen Gewährleistungen der UN-Kinderkonvention verfahrensrechtlich umsetzt und in Art. 7 eine „Pflicht zu zügigem Handeln" auf Entscheidungs- und Vollstreckungsebene begründet.[25]

b) Inhalt, Grenzen, Probleme

Die Grundnorm des § 155 FamFG (= § 50e FGG n.F.) ist § 61a ArbGG für Kündigungsschutzprozesse nachempfunden. Sie ordnet zweierlei an: Vorrang von Kindschaftssachen vor anderen Verfahren und Verfahrensbeschleuni-

---

[19] Zu diesbezüglichen schwerwiegenden Mängeln des bisherigen FGG-Verfahrens vgl. *Stefan Heilmann*, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht, 1998, S. 147 ff., 314.

[20] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 523.

[21] Ausführliche Darstellung bei *Heilmann* (Anm. 19), S. 18 ff.

[22] BVerfG FamRZ 2001, S. 753; *Heilmann* (Anm. 19), S. 24 ff.

[23] *Heilmann* (Anm. 19), S. 53.

[24] Dazu näher *Heilmann* (Anm. 19), S. 47 ff. (GG) und 38 ff. (EMRK).

[25] BT-Drs. 14/5438, S. 10; in Kraft für Deutschland seit 13.11.2001, BGBl. II, S. 1074 und 2472.

gung. Beide Gebote sind „in jeder Lage des Verfahrens“ und in allen Rechtsinstanzen zu beachten – insbesondere bei der Anberaumung von Terminen, der Fristsetzung für Beteiligte und Gutachter oder der Bekanntgabe von Entscheidungen. Ungeregelt geblieben sind Vorrangfragen innerhalb der Kindschaftssachen, etwa je nach Art des Verfahrens, Alter des Kindes oder bisheriger Verfahrensdauer.[26] Die Lücke kann und sollte durch richterlichen common sense, durch ein Fortdenken des Grundgedankens aus § 155 I FamFG zu schließen sein. Weiterhin fehlt eine Klarstellung, dass Vorrangs- und vor allem Beschleunigungsgebot nicht nur für Richter, sondern – wenn die Gebote Effekt haben sollen – auch für die gesamte Justizorganisation gelten müssen: Schnelle Terminierung und Entscheidung nützen nichts, wenn sich Geschäftsstelle und Schreibdienste als Bermuda-Dreieck für wertvolle Zeit erweisen.[27]

Schließlich bleibt auch unklar, ob für die allgemeine Vorschrift des FamFG für die Aussetzung von Verfahren, § 21, in Kindschaftssachen noch Raum ist. Die Entwurfsbegründung zu § 21 FamFG nennt als Beispiel, wo eine Aussetzung von der Sache her nicht in Betracht kommt, nur Verfahren zum Schutz des Kindes bei Gefährdungen.[28] Von anderer Seite wird ein kompletter Ausschluss von § 21 FamFG für Kindschaftssachen gefordert.[29]

Zu Zielkonflikten innerhalb des neuen Rechts wird es auch bei anderen Fragen kommen. Hinsichtlich der Einholung von (erfahrungsgemäß zeitraubenden) Sachverständigengutachten hat der Gesetzgeber einen Ausgleich in § 163 Satz 1 FamFG versucht – das Familiengericht hat dem Gutachter eine Frist zu setzen.[30] Das kann naturgemäß nur funktionieren bei vorheriger Absprache zwischen Gericht und Sachverständigem.

Eine weitere, dem richterlichen Ermessen überantwortete Konfliktsituation besteht im Rahmen der örtlichen Zuständigkeit, wenn ein Elternteil einseitig und unerlaubt den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes verlagert hat: Nach § 154 FamFG „kann“ das nunmehr zuständige Gericht das Verfahren an das Gericht des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes verweisen. Das kostet naturgemäß Zeit – dem Gericht obliegt die verantwortungsvolle Abwägung zwischen generalpräventiver Abwehr von Gerichtsstandsmanipulationen

---

[26] Für eine auch diesbezügliche Abstufung *Heilmann* (Anm. 19), S. 240.

[27] *Heilmann* (Anm. 19), S. 239 f., 317.

[28] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 404.

[29] *Kinderrechtekommission des DFGT (KIRK)*, Stellungnahme 2006 (unveröff.); anders jedoch Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, ZKJ 2006, S. 154; *Siegfried Willutzki*, Die FGG-Reform – Chance für ein stärker kindorientiertes Verfahren, ZKJ 2006, S. 224, 227.

[30] Zu den Folgen einer Fristversäumung siehe § 30 I, II FamFG i.V.m. § 411 II ZPO.

einerseits, dem kindlichen Beschleunigungsinteresse andererseits. Eine Verpflichtung zur Abgabe, gegebenenfalls mit klaren Zeitgrenzen, hätte wohl eher auf der Linie des HKÜ gelegen.[31] Höchst bedenklich erscheint die auf Vorschlag des Rechtsausschusses eingefügte Ausnahme von dem Verweisungsrecht, wenn die eigenmächtig vollzogene Aufenthaltsänderung „auch zum Schutze des Kindes oder des betreuenden Elternteils erforderlich war" (§ 154 Satz 2 FamFG). Solche Situationen kommen vor – ihnen hätte aber im Rahmen des richterlichen Ermessens nach § 154 Satz 1 FamFG Rechnung getragen werden können. So aber bietet das Gesetz dem eigenmächtigen (= entführenden) Elternteil ein wohlfeiles Rechtfertigungsargument, das voraussichtlich routinemäßig vorgebracht werden wird. Zeitraubende Streitigkeiten und Ermittlungen schon auf der Ebene der örtlichen Zuständigkeit sind vorprogrammiert – jedenfalls die Verfahrensbeschleunigung bleibt auf der Strecke.

Als weiteres, aber sicherlich nicht letztes Beispiel für mögliche Konflikte zwischen Beschleunigungsgebot und anderen Zielen des FamFG möchte ich die Förderung einvernehmlicher Lösungen nennen.[32] Hierfür bedarf es einer „Auszeit" im Verfahren. Der Entwurf versucht dem Verzögerungsproblem in mehrfacher Hinsicht Rechnung zu tragen, etwa durch Unanfechtbarkeit einer Beratungsanordnung (§ 156 I 4 FamFG), durch verstärkten Einsatz einstweiliger Anordnungen (§ 156 III, § 157 III FamFG) oder durch Forcierung der Konsenserreichung bei Umgangsproblemen (§ 165 II-V FamFG). Die Balance zwischen Konsensförderung und (u.U. gezielter) Verfahrensverzögerung wird aber im Wesentlichen in richterlicher Verantwortung in jedem Einzelfall zu finden sein.

Während in den soeben besprochenen Konfliktfällen ein Kompromiss zwischen divergierenden Zielen des FamFG gefunden werden muss, sind jedenfalls als unakzeptabel zurückzuweisen tendenzielle Äußerungen in der Entwurfsbegründung wie in den parlamentarischen Gremien, die auf eine Aufweichung des Beschleunigungsgebots schon dem Grundsatz nach abzielen. So warnt die Entwurfsbegründung vor einer „schematischen Behandlung" des Beschleunigungsgebots – dieses werde durch das Kindeswohl geprägt und begrenzt.[33] Auch Zuwarten, Verzicht auf frühe Terminierung oder auf zeitaufwändige Verfahrensschritte könnten im Einzelfall legitim sein.[34] Dem kann

[31] So auch die Forderung der *KIRK* (Anm. 29).

[32] Dazu noch näher unten IV.

[33] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 523 f.

[34] So grundsätzlich auch *Barbara Fellenberg*, Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FPR 2008, S. 125, 128;

man nur erwidern: Richtig, aber – wehret den Anfängen! Zum Zuwarten braucht die Praxis keine Ermunterung, wohl aber zur Beschleunigung. Auf die Spitze getrieben wird diese Tendenz durch die im Rahmen der Rechtsausschuss-Beratungen zum KiWoMaG geäußerte Formel von einem „Zusammenspiel von Beschleunigung und Entschleunigung"[35] – dies wirkt wie die Anweisung an einen Rennfahrer, je nach Bedarf Gas zu geben oder zu bremsen – eine typisch juristische Anweisung: absolut richtig und absolut überflüssig.

c) *Zwischenbefund*

Ein abschließender Befund zum allgemeinen Vorrangs- und Beschleunigungsgebot des FamFG kommt nicht umhin, auf zwei altbekannte, aber deshalb nicht weniger schmerzliche Reformlücken hinzuweisen:

Zum einen hat sich auch der FamFG-Gesetzgeber nicht zur Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde im familiengerichtlichen Verfahren entschließen können.[36]

Zum zweiten ist ebenso banal wie evident, dass alle Beschleunigungsgebote in der Praxis wirkungslos bleiben werden, wenn nicht Familiengerichte und Jugendämter in ihrer personellen und materiellen Ausstattung in die Lage versetzt werden, den Geboten auch zu genügen.[37] Dass ein entsprechender Entschließungsantrag der FDP und der Grünen im Rahmen der Beratungen zum KiWoMaG in Rechtsausschuss und Bundestag abgelehnt worden ist,[38] verheißt nichts Gutes.

2. Früher erster Termin, § 155 II, III FamFG

Besonderer Ausdruck des Beschleunigungsgebots ist der in § 155 II, III FamFG angeordnete „frühe erste Termin" in Verfahren, die besonders konfliktträchtig sind oder in denen es um die Abwehr von Kindeswohlgefährdungen geht. Für Letztere enthält § 157 FamFG noch eine Sonderregelung (dazu unten 3.).

Thomas Meysen, Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – geändertes Recht ab Sommer 2008, JAmt 2008, S. 233, 236

[35] *FDP*, Entschließungsantrag (Nr. 3), BT-Drs. 16/8914, S. 9.

[36] Kritisch *KIRK* (Anm. 29).

[37] Vgl. *17. DFGT 2007*, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 15, 2008, Arbeitskreis 9, Nr. 2 (S. 148), Arbeitskreis 12 (S. 155); *KIRK* (Anm. 29); *Willutzki* (Anm. 29), S. 229.

[38] BT-Drs. 16/8914, S. 9, 10.

Der frühe erste Termin ist nicht nur bisher schon in Modellversuchen praktiziert worden (z.B. Cochemer und Münchner Modell), er ist in Gestalt des § 50e II, III FGG n.F. auch jetzt schon geltendes Recht. Die Monatsfrist ab „Beginn des Verfahrens“ ist gut gemeint, wird von einigen aber – im Hinblick auf die lange Zustellungsdauer eines Verfahrensantrags – für zu kurz gehalten.[39] Einen grundsätzlichen Verzicht auf schriftliche Stellungnahmen seitens der Beteiligten oder des Jugendamts, wie er etwa im Münchener Modell enthalten ist,[40] sieht das Gesetz nicht vor[41] – ein solcher Verzicht wäre aber nicht nur der Beschleunigung dienlich, sondern würde auch eine frühzeitige Eskalation des Konflikts verhindern.[42] Des Weiteren entspricht dem Beschleunigungsdruck auf das Gericht kein solcher auf das Jugendamt – eine korrespondierende Regelung in § 50 SGB VIII wäre jedoch dringend geboten, da Verzögerungen oft auch aus der Sphäre des Jugendamts herrühren.[43]

Das grundsätzliche Erfordernis des persönlichen Erscheinens aller verfahrensfähigen Beteiligten, § 155 III FamFG (= § 50e III FGG n.F.), rechtfertigt sich vor allem auch aus der Hoffnung, vor einer Eskalierung des Konflikts im frühen Termin zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen.[44] Das Kind selbst ist, da nicht verfahrensfähig, im ersten Termin allerdings nicht persönlich anwesend.[45] Die Entwurfsbegründung rechtfertigt dies damit, dass seine Teilnahme am Termin oft kindeswohlwidrig wäre.[46] Das mag im Einzelfall so sein, aber generell ist das Fehlen des Kindes ein schwerer Mangel. In Gefährdungsfällen, in denen die Entwurfsbegründung noch am ehesten tragfähig wäre, sieht § 157 FamFG (= § 50f FGG n.F.) „in geeigneten Fällen“ eine Erörterung auch mit dem Kind vor – warum soll diese Regelung nicht auch generell, für

[39] *Ludwig Bergschneider*, Was bringt die FGG-Reform?, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 15, 2008, S. 79; ähnlich *KIRK* (Anm. 29).

[40] Leitfaden Münchner Modell, Nr. 7.

[41] Laut Entwurfsbegründung soll nur das Jugendamt „persönlich“, also wohl mündlich berichten, (Anm. 2), S. 524.

[42] Für Schriftlichkeit hingegen *Meysen* (Anm. 34), S. 236.

[43] *17. DFGT* (Anm. 37), Arbeitskreis 9, Nr. 8, 9; ähnlich *KIRK* (Anm. 29).

[44] Insoweit positiv zum frühen Anhörungstermin *Meysen* (Anm. 34), S. 236; *Wolfgang Rüting*, § 165 FamFG-Entwurf aus Sicht des Jugendamts, ZKJ 2006, S. 203, 204; *Gabriele Reichert*, § 165 FamFG-Entwurf aus der Sicht einer Familienrichterin an einem Großstadtgericht, ZKJ 2006, S. 230, 231; *Birgit Büchner,* § 165 FamFG-Entwurf aus der Sicht der Verfahrenspflege, ZKJ 2006, S. 412, 413.

[45] Zur begrenzten Verfahrensfähigkeit gem. § 9 I Nr. 3 s. unten IV. 5.; sie hilft nur dem mindestens 14-jährigen Kind, das eigene Rechte geltend macht, nicht aber im kindeswohlorientierten Verfahren.

[46] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 525.

jeden frühen Termin angemessen sein?[47] Und wo bleibt die Rechtssubjektivität des Kindes, wenn es bei der Erörterung einer einvernehmlichen Lösung im ersten Termin nicht einbezogen wird? Wie soll das Gericht in diesem Termin entscheiden, ob ein Umgangsvergleich dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 156 II FamFG), ohne das Kind gesehen und angehört zu haben? Selbst eine nachfolgende Kindesanhörung, deren Erforderlichkeit aus § 159 FamFG nicht zweifelsfrei hervorgeht, könnte diesen Mangel nicht heilen. Nur für einstweilige Anordnungen nach Scheitern der Einigungsbemühungen sichert § 156 III FamFG (letzter Satz) als Regelfall die vorherige Anhörung des Kindes („soll").

3. Kindesschutzverfahren

a) Erörterung der Kindeswohlgefährdung, § 157 FamFG (= § 50f FGG n.F.)

Obwohl der frühe Termin nach § 155 FamFG auch für Kindesschutzverfahren vorgeschrieben ist, stellt § 157 FamFG für diese Verfahren noch die – rechtspolitisch viel diskutierte – „Erörterung der Kindeswohlgefährdung" daneben. Das Verhältnis von § 157 zu § 155 FamFG offenbart sich nicht auf den ersten Blick, denn die „Erörterung", die § 155 II Satz 1 FamFG allgemein vorschreibt, wird sich in Kindesschutzverfahren naturgemäß auch auf die Abwehr der Kindesgefährdung konzentrieren – eine Thematik, die im Übrigen auch nach bisherigem Recht schon anzusprechen war, allerdings im Rahmen der elterlichen Anhörung (§ 50a I 3 FGG). Von daher erscheint es folgerichtig, dass laut Entwurfsbegründung die Gefährdungserörterung nach § 157 FamFG auch mit dem frühen Termin nach § 155 II FamFG verbunden werden kann.[48] Warum hat man sie dann nicht gleich als weiteren Absatz in § 155 FamFG eingebaut?

Die gesetzgeberische Konzeption wird erst verständlich, wenn man sich klarmacht, dass § 157 FamFG nicht eine Konkretisierung des Beschleunigungsgebots für Kindesschutzverfahren ist, sondern eine Konkretisierung und gewisse Vorverlagerung des staatlichen Wächteramts auf verfahrensrechtlicher Ebene. Sie dient einer frühzeitigen Vernetzung jugendhilferechtlicher und familiengerichtlicher Einwirkungen auf die Eltern schon in einer Phase, in der eine Gefährdung des Kindeswohls zwar noch nicht feststeht, aber doch konkret möglich ist. Deshalb liegt der rechtspolitische Schwerpunkt des § 157 FamFG auf den Worten „mögliche Gefährdung": Schon hier und nicht erst bei einer aktuellen Gefährdung beginnen die – zunächst nur verfahrensrechtlichen – Interventionsmöglichkeiten des Familiengerichts, und hier beginnt auch schon die

[47] Kritisch auch *KIRK* (Anm. 29).

[48] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 527.

Inpflichtnahme der Eltern zur Teilnahme an der Erörterung. § 157 FamFG hat damit auch Rückwirkungen auf § 8a SGB VIII: Nach dieser Vorschrift hat das Jugendamt das Familiengericht anzurufen, wenn es dessen Tätigwerden für erforderlich hält[49] – insbesondere auch bei mangelnder Kooperationsbereitschaft von Eltern in Problemfamilien. Frühere Handlungsmöglichkeiten des Familiengerichts nach § 157 FamFG bedeuten aber auch eine frühere Anrufungsmöglichkeit des Jugendamts nach § 8a III SGB VIII oder auch – salopp ausgedrückt – dessen Möglichkeit, im Konflikt mit Eltern in Problemfamilien das Familiengericht als „großen Bruder" herbeizurufen, der mit seinen latenten Machtmitteln[50] und Aufklärungsmöglichkeiten manche Eltern zum Einlenken und zur Akzeptanz von Jugendhilfeleistungen bewegen mag.[51]

Die kindesschutzrechtliche Dimension dieses Ansatzes ist bereits ausführlich diskutiert worden und soll hier deshalb nicht erneut vertieft werden.[52] Die Kritik hatte sich vor allem an der unglücklichen Bezeichnung „Erziehungsgespräch" entzündet, die aus dem Gesetzesvorschlag Bayerns von 2006 stammte.[53] Die jetzige Formulierung als „Erörterung der Kindeswohlgefährdung" vermeidet dadurch provozierte frühzeitige Frontverhärtungen.

b) Spätere Überprüfungspflicht, § 166 III FamFG (= § 1696 III BGB n.F.)

Im Zusammenhang mit der Gefährdungserörterung gem. § 157 FamFG sollte die korrespondierende Regelung in § 166 III FamFG nicht übersehen werden.[54] Der Gesetzgeber hat dabei folgende Situation vor Augen: Die bisher uneinsichtigen oder unkooperativen Eltern lenken unter dem Eindruck der gerichtlichen Gefährdungserörterung gem. § 157 FamFG ein und versprechen Verhaltensänderung und Kooperation mit dem Jugendamt; das Familiengericht sieht daraufhin von Maßnahmen nach § 1666 BGB ab. Dies soll die Eltern nicht zu dem Fehlschluss verleiten, sie seien letztlich Sieger im Streit mit

---

[49] Zur Einschätzungsprärogative des Jugendamts vgl. *Meysen* (Anm. 34), S. 239 f.

[50] *Meysen* (Anm. 34), S. 240 spricht von einer „Leihautorität" für das Jugendamt.

[51] Vgl. *Michael Coester*, Inhalt und Funktion des Begriffs der Kindeswohlgefährdung Erfordernis einer Neudefinition?, in: Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? Göttinger Juristische Schriften Bd. 4, 2008, S. 19 ff.; zuletzt insb. *Meysen* (Anm. 34), S. 238 ff. m.w.N.

[52] Siehe vorstehende Anm.

[53] BR-Drs. 296/06; dazu *Walter Röchling*, Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes des Freistaates Bayern vom 03.05.2006 zur Änderung des § 1666 BGB und weiterer Vorschriften, FamRZ 2006, S. 1732 ff.; zur Kritik vgl. nur *Sybilla Flügge*, Gerichtssaal als Elternschule?, FPR 2008, S. 1 ff.; *Ralph Neumann,* Die Familiengerichte sollen es richten, DRiZ 2007, S. 66; *Siegfried Willutzki*, Kinderschutz aus Sicht des Familiengerichts – zu den Reformplänen des Gesetzgebers, ZKJ 2008, S. 139, 141.

[54] Zum Zusammenhang siehe *Brigitte Zypries*, BT-Plenarprotokolle 16/157, S. 16543.

dem Jugendamt geblieben, das mit gerichtlichen Sorgerechtseingriffen gedroht hatte;[55] auch mit strategischem Schein-Nachgeben der Eltern wird zu rechnen sein.[56] Die gerichtliche Pflicht zur Überprüfung der Situation etwa nach drei Monaten gem. § 166 III FamFG soll deshalb die Druckkulisse durch das Hinzutreten des „großen Bruders" aufrecht erhalten, sie ist ein Warnsignal an die Eltern. Eine nur interne Berichtspflicht des Jugendamts an das Familiengericht hätte diese Warnfunktion nicht gleichermaßen.

Gut gemeint ist aber nicht immer gut gemacht,[57] und so ist an § 166 III FamFG einiges zu kritisieren.

(1) Die materiellrechtliche Legitimation zu gerichtlichem Tätigwerden, nämlich gem. § 157 FamFG eine zumindest konkret mögliche Kindeswohlgefährdung, muss auch einer späteren gerichtlichen Überprüfung nach § 166 III FamFG zu Grunde liegen. Sieht das Familiengericht im Einzelfall von Maßnahmen nach § 1666 BGB ab, weil die Ermittlungen ergeben haben, dass keine, nicht einmal eine mögliche Kindeswohlgefährdung vorlag, so besteht im Lichte von Art. 6 II GG keine Legitimation zur gerichtlichen Überprüfung der Familiensituation – der einmal involvierte Staat wird nicht schon dadurch dauerhaft zum „dritten Elternteil" innerhalb der Familie.[58] Die Entwurfsbegründung meint, diese Bedenken seien durch den Charakter des § 166 III FamFG als Soll-Vorschrift ausgeräumt[59] – eine Überprüfung könne demnach in „offensichtlich unbegründeten Fällen" unterbleiben. Bei einem so grundrechtssensiblen Thema genügt das m.E. nicht; die Fortdauer einer „möglichen Kindeswohlgefährdung" ist als ungeschriebene Voraussetzung in den Tatbestand von § 166 III FamFG hineinzulesen.

(2) Besteht demnach kein Überprüfungsrecht, wenn eine mögliche Kindeswohlgefährdung nicht vorliegt, so ist umgekehrt nicht verständlich, warum die gerichtliche Überprüfungspflicht bei möglicher Gefährdung nur einmal beste-

---

[55] Zu den negativen Folgen für die weitere Arbeit des Jugendamts *Fellenberg* (Anm. 34), S. 127; *Bundeskonferenz Erziehungsberatung*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, ZKJ 2007, S. 361.

[56] *Meysen* (Anm. 34), S. 239.

[57] Zu weiterer, hier nicht thematisierter Kritik vgl. *Esther Rosenboom/Horst-Heiner Rotax,* Ein kleiner Meilenstein auf dem Weg zum besseren Kinderschutz, ZRP 2008, S. 1, 2; *Willutzki* (Anm. 53), S. 142; *Neumann* (Anm. 53), S. 66 f.; BR-Drs. 309/07 (B), S. 47.

[58] So auch *KIRK* (Anm. 29).

[59] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 540; zum KiWoMaG vgl. BR-Drs. 550/07, S. 18.

hen soll.[60] Auch hier zeigt sich schmerzlich, dass sich die gesetzgebenden Instanzen der materiellrechtlichen Grundlage der Überprüfungspflicht nicht bewusst gewesen sind.[61]

IV. Einvernehmen

1. Einvernehmen als übergreifendes Verfahrensziel

Die „gütliche Einigung" ist Verfahrensziel nicht nur in Kindschaftssachen, sondern im gesamten neugeordneten Familienverfahrensrecht: § 36 I statuiert die Zulässigkeit von Vergleichen und eine grundsätzliche Pflicht des Gerichts, auf eine Einigung der Beteiligten hinzuwirken. Lediglich Gewaltschutzsachen sind ausgenommen.[62]

Speziell in Kindschaftssachen hat das Streben nach einvernehmlichen Lösungen in einer Vielzahl von Bestimmungen ihren Niederschlag gefunden: in der Grundnorm des § 156 FamFG, aber (implizit) auch in § 157 FamFG (Erörterung der Kindeswohlgefährdung), ausdrücklich des Weiteren in § 158 IV 3 FamFG (Verfahrensbeistand), § 163 II FamFG (Gutachter) und § 165 FamFG (Umgangsvermittlung). Hier kann nur auf einige Schwerpunkte eingegangen werden.

2. Die Grundnorm des § 156 FamFG

§ 156 I FamFG entspricht in seinen ersten beiden Sätzen dem § 52 I FGG, stellt jetzt aber klar, dass das Einvernehmen der Eltern nicht zulasten des Kindeswohls ergehen darf (§ 156 I 1 a.E.). Als gewissermaßen verlängerten Arm seiner Einigungsbemühungen weist das Gericht auf Beratungsangebote des Jugendamts hin – Satz 3 fügt insoweit nun die Mediation hinzu. Neu ist auch die Möglichkeit, dass die Inanspruchnahme einer Beratung (nicht auch: einer Mediation) sogar angeordnet werden kann (Satz 4) – erzwingbar ist dies jedoch nicht (Satz 5).[63] Frühere Bedenken aus fachwissenschaftlicher Sicht gegen der-

[60] So ausdrücklich die Diskussion im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, BT-Drs. 16/8914, S. 12; übertrieben deshalb *Meysen* (Anm. 34), S. 240, der meint, aus dem punktuellen Entscheidungsverhalten des Gerichts werde nun ein „prozesshaftes".

[61] Deutlich der Rechtsausschuss (Anm. 60).

[62] Zum Hintergrund Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 425; *Bergschneider* (Anm. 39), S. 67.

[63] Vgl. entsprechend für Ehesachen § 135 I FamFG. Für Erzwingbarkeit *KIRK* (Anm. 29), Stellungnahmen 2006 und 2008.

art forcierte Vermittlungen[64] haben sich in zahlreichen Modellversuchen als überzogen erwiesen: Sanfter Beratungs- und Konsensdruck ist nachweislich in vielen Fällen erfolgreich – nicht nur hinsichtlich der Zahl, sondern auch hinsichtlich der Tragfähigkeit einvernehmlicher Lösungen.

§ 156 II FamFG regelt speziell den Umgangsvergleich, weil ein solcher nach der allgemeinen Regel des § 36 I FamFG nicht zulässig wäre – das Umgangsrecht steht gem. § 1684 BGB nicht zur Disposition der Beteiligten.[65] Befremdlich mutet an, dass das Gericht dem Umgangsvergleich seine Billigung verweigern kann, wenn dieser dem Kindeswohl widerspricht, während in einen Sorgerechtsvergleich (sei er nun auf fortbestehendes gemeinsames Sorgerecht oder auf Alleinsorge eines Teils gerichtet) nur bei Kindeswohlgefährdung eingegriffen werden kann (§ 1671 II 1, III BGB).

Auf die gerichtlichen Handlungsmöglichkeiten bei Scheitern von Einigungsbemühungen, § 156 III FamFG, habe ich im Zusammenhang mit dem Beschleunigungsgebot bereits kurz hingewiesen (oben III. 1. b)).

3. Umgangsvermittlung, § 165 FamFG

Bei Umgangskonflikten übernimmt § 165 im Wesentlichen das Vermittlungsverfahren des § 52a FGG – dieses kann nun allerdings nicht nur bei Umsetzungsproblemen einer gerichtlichen Entscheidung, sondern auch eines gerichtlich gebilligten Umgangsvergleichs (§ 156 II) erfolgen. Die bisherige Regelung hat mehr theoretisches Interesse erweckt[66] als praktische Bedeutung erlangt – ob dies an der schon von der Ausgangslage her verfahrenen Situation liegt oder an der eigentümlichen Verbindung von Vermittlungsversuch und Drohkulisse, mag dahinstehen. Verfahrensrechtlich ist die unklare Abgrenzung zwischen anfänglichem Vollstreckungsverfahren, Vermittlungsverfahren und – gewissermaßen unversehens – Änderungsverfahren nach § 1696 BGB zu kritisieren.

---

[64] Vgl. *Kirsten-Pia Hansen*, Das Recht der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung, 1993, S. 142 ff. m.w.N.

[65] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 526. Auf die konzeptionelle Widersprüchlichkeit, die Umgangsrechte von Eltern und Kindern als subjektive Rechte = Ansprüche auszugestalten, sie aber der verfahrensrechtlichen Disposition der Beteiligten zu entziehen, kann hier nicht eingegangen werden.

[66] Vergleich m.w.N.: *Michael Coester*, Gütliche Einigung und Mediation in familienrechtlichen Konflikten, KindPrax 2003, S. 79 ff. und S. 119 ff.

4. Einbindung auch des Sachverständigen, § 163 II FamFG

Gem. § 163 II kann auch der mit Gutachtenerstellung beauftragte Sachverständige in das Bemühen um Erreichung einvernehmlicher Lösungen eingebunden werden. Damit autorisiert das FamFG zwar eine bisher schon verbreitet geübte Praxis;[67] diese sieht sich aber auch grundsätzlicher Kritik ausgesetzt.[68] Die Kombination von Diagnostik und Therapie, wozu auch die konsensorientierte Arbeit mit den Eltern zu rechnen ist, ist schon fachwissenschaftlich höchst problematisch, insbesondere wenn vorgeschlagen wird, es zunächst mit der „Therapie" zu versuchen, bevor eine solide und objektive Diagnose erstellt ist.[69] Aber auch sonst birgt der Doppelauftrag an den Gutachter die Gefahr von Verzerrungen: Er/sie selbst mag geneigt sein, die Eltern weniger aus der Sicht des Kindeswohls als nach dem Grad ihrer Kompromissbereitschaft zu beurteilen, da er/sie selbst am Vermittlungsauftrag interessiert ist. Auch mag ein Vorverständnis über ein „Idealmodell" der Konfliktlösung vorhanden sein, das sich vor eine unbefangene Diagnose schiebt.[70] Die Eltern werden sich zu strategischem Verhalten veranlasst sehen, was eine Diagnose im Lichte des Kindeswohls erschwert; die Eltern werden sich auch im Hinblick auf die Gutachtenerstellung nach Scheitern von Einigungsbemühungen unter Konformitäts- und Akzeptanzdruck fühlen.[71]

Höchst problematisch ist schließlich der Rollenwechsel des Sachverständigen vom einigungsfördernden Akteur zum distanzierten Diagnostiker, wenn die Einigung scheitert: Darf er alle Informationen aus dem Vermittlungsgespräch verwerten? Müsste er nicht für die anschließende Gutachtenerstellung als befangen gelten?[72]

Kritisiert wird schließlich schon die Verengung der Sachverständigenbemühungen auf das Ziel des „Einvernehmens": Dieses zielt letztlich auf die Eltern, die Kindesposition droht auch hier in den Hintergrund zu treten.[73] Die Modellpraxis und Fachwelt bevorzugen schon seit längerem die Formulierung,

---

[67] Vgl. *Norbert Heiter*, Das Verfahren in Kindschaftssachen im Entwurf eines FamFG, KindPrax 2005, S. 219 ff.; *Willutzki* (Anm. 29), S. 229; *Joseph Salzgeber*, Der Sachverständige als Hersteller des Einvernehmens, endlich der Garant für das Kindeswohl?, FamRZ 2008, S. 656. Positiv zu § 163 II: *17. DFGT* (Anm. 37), Arbeitskreis 12, S. 153.

[68] Insbesondere *Salzgeber* (Anm. 67); aus juristischer Sicht *Willutzki* (Anm. 29), S. 229.

[69] *Salzgeber* (Anm. 67), S. 657.

[70] *Salzgeber* (Anm. 67).

[71] *Salzgeber* (Anm. 67), S. 658.

[72] *Willutzki* (Anm. 29), S. 224, 229.

[73] *Salzgeber* (Anm. 67), S. 658 f.; *17. DFGT* (Anm. 37), Arbeitskreis 12, S. 153. Zur Kindesposition siehe noch unten IV. 5. a).

der/die Sachverständige solle „lösungsorientiert“ wirken, wobei „Lösung“ inhaltlich nicht der Elternkonsens als solcher, sondern die kindeswohlgemäße Konfliktlösung ist.[74] Die Lösung muss auch nicht in einer punktuellen Entscheidung gesehen werden, sie kann auch prozesshaft konzipiert sein.[75]

Die Problematik kann hier nicht gelöst werden; jedenfalls greift § 163 II im Lichte der Diskussion und der Modellpraxis zu kurz und ermöglicht Fehlverständnisse auf Seiten aller Beteiligten. Auf jeden Fall unhaltbar erscheint jedoch die in § 163 II vorgesehene Anordnungsbefugnis des Familiengerichts – eine auch fachwissenschaftlich umstrittene Vorgehensweise darf nicht juristisch angeordnet werden. Ein vorheriges Einverständnis des Sachverständigen wäre jedenfalls unverzichtbar.

Vielleicht sollte – für eine spätere Korrektur des FamFG – auch noch einmal grundsätzlich über alternative Vorschläge nachgedacht werden: Vermittlungsauftrag erst nach Gutachtenerstellung (*Zenz*) oder Konzentrierung der Vermittlungsfunktion beim Verfahrensbeistand.[76]

5. Allgemeine Probleme

Auf das Spannungsverhältnis zwischen Konsensstreben und Beschleunigungsgebot ist bereits hingewiesen worden (oben III. 1. b). Es gibt aber noch weitere allgemeine Probleme.

a) Die Rolle des Kindes im Einigungsprozess

Das FamFG lässt nicht erkennen, dass bei dem Streben nach Einvernehmen die Person des Kindes mitgedacht ist – der Elternkonsens, flankiert vom Einverständnis des Jugendamts, steht im Vordergrund. Die durch § 9 I Nr. 3 FamFG dem mindestens vierzehnjährigen Kind zuerkannte Verfahrensfähigkeit berechtigt nur begrenzt zur Mitsprache, denn sie besteht nur, wenn es „ein ihm nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend macht“. Das ist bei Umgangskonflikten gem. § 1684 I BGB der Fall, aber auch dort nur, soweit das Kind sein Umgangsrecht durchsetzen, nicht aber, wenn es das Umgangsrecht eines Elternteils abwehren möchte. Bei Sorgekonflikten herrscht (abgesehen von dem praktisch bedeutungslosen § 1671 II Nr. 1 BGB) generell das Kindeswohl, nicht das Kindesrecht.

[74] Siehe Nachweise in vorstehender Anm.

[75] *Salzgeber* (Anm. 67), S. 656, 660 („entwicklungsorientiert“).

[76] *Willutzki* (Anm. 29), S. 229.

Nur bei Einbeziehung eines Verfahrensbeistands muss auch dessen Zustimmung vorliegen, aber auch das bleibt hinter einer unmittelbaren Beteiligung des Kindes am Einigungsprozess zurück. Natürlich hängt dessen Fähigkeit zur Mitsprache und Mitentscheidung stark von seinem Alter und Entwicklungsstand ab, aber wie bei der gerichtlichen Anhörung ist für Kinder psychologisch vor allem das Gefühl wichtig, nicht nur Objekt, sondern Subjekt der Entscheidungsfindung gewesen zu sein.[77] Aus der Mediationsdebatte sind die Schwierigkeiten bekannt, das Kind als einen rechtlich nicht autonomen Beteiligten in einen Verhandlungsprozess einzubeziehen, der auf autonome Konfliktlösung abzielt.[78] Da das Gesetz weitgehend schweigt, wird es in der Verantwortung von Familiengericht und Jugendamt liegen, das Kind als Subjekt im Einvernehmensprozess nicht untergehen zu lassen – mit der Bestellung eines Verfahrensbeistands ist schon viel, aber nicht alles getan. Ähnliches gilt für die gerichtliche Kindesanhörung: Sie ist zwar gemäß § 159 FamFG erforderlich, soweit – wie bei Umgangsvergleichen – eine richterliche Kindeswohlkontrolle und Genehmigung erforderlich ist (§ 156 II FamFG). Selbst dann wird das Kind dabei aber nur mit einem Einigungsergebnis konfrontiert, es wird nicht das Gefühl echter Mitsprache haben.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die verfahrensrechtliche Problematik der Kindesbeteiligung weitgehend schon vom materiellen Recht vorgegeben ist: Die Tendenz geht in Richtung Elternautonomie anstelle staatlicher Regulierung – die angemessene Beteiligung des Kindes am Entscheidungsprozess ist vom Gesetz in § 1626 II BGB zwar den Eltern als interne Pflicht vorgegeben, bleibt aber, wie jede elterliche Sorgemaßnahme, bis zur Gefährdungsgrenze unkontrolliert. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die elterliche Einigung privat oder im Rahmen eines familiengerichtlichen Verfahrens erfolgt.

b) Strukturelle Probleme

Auf weitere, strukturelle Probleme kann nur stichwortartig hingewiesen werden:

Dem erhöhten Stellenwert von professioneller Beratung und Einigungshilfe muss ein qualifiziertes Beratungs- und Unterstützungsangebot staatlicher und freier Träger der Jugendhilfe entsprechen, das in ausreichender Menge sowie

[77] *Salzgeber* (Anm. 67), S. 659.

[78] Vgl. *Coester* (Anm. 66), S. 119, 120 m.w.N. Deshalb ist auch der Hinweis auf Mediation in § 156 I 3 FamFG problematisch, vgl. *Bundeskonferenz Erziehungsberatung*, Stellungnahme zur FGG-Reform, ZKJ 2006, S. 154, 155.

in räumlicher und zeitlicher Nähe zur Verfügung steht – das scheint in Deutschland noch nicht flächendeckend gesichert.[79]

Für die Familienrichter muss gefragt werden, ob nicht eine verstärkte, obligatorische Qualifizierung gerade auch für die Vermittlerfunktion angezeigt wäre; auf der anderen Seite ist evident, dass die Belastungskriterien in den richterlichen Pensenschlüsseln neu formuliert werden müssen,[80] wenn von den Familienrichtern auf breiter Front Engagement für die spezifischen, zeitraubenden Anforderungen im Kindschaftsverfahren erwartet werden soll – hier nur auf den (oft bewundernswert vorhandenen) Idealismus der Richter zu setzen, dürfte auf Dauer nicht tragen und ist schlicht unfair.

V. Verfahrensbeistand, § 158 FamFG

1. Allgemeines

Zu den bedeutsamsten Verbesserungen des FamFG gehören sicherlich die Konkretisierung und der Ausbau der Institution des Verfahrenspflegers für das Kind (§ 50 FGG), der künftig „Verfahrensbeistand" heißen soll. Nicht von allen Seiten der an einem kindschaftsrechtlichen Verfahren Beteiligten wird der Verfahrensbeistand freudig begrüßt – die Eltern betrachten ihn als Eingriff in ihre Vertretungskompetenz, andere Verfahrensbeteiligte wie das Jugendamt oder Sachverständige als Konkurrenten im kindeswohlorientierten Fallmanagement, die Bundesländer als Belastung für die Justizhaushalte. Dieser Interessenvertreter spezifisch für das Kind ist dem deutschen Gesetzgeber jedoch völkerrechtlich (Art. 9 Europäisches Kinderrechteübereinkommen) und verfassungsrechtlich vorgegeben, wie das BVerfG in zahlreichen Entscheidungen betont hat,[81] und erste rechtstatsächliche Untersuchungen belegen, dass das Wirken der bisherigen Verfahrenspfleger sowohl von den Familienrichtern wie auch von den Kindern selbst außerordentlich positiv eingeschätzt wird.[82]

Die bisherige Regelung in § 50 FGG hatte Pioniercharakter, war aber durch Unklarheiten und Lücken gekennzeichnet. Erhebliche Unsicherheiten und Meinungsverschiedenheiten über ihre Bedeutung und Handhabung prägten

---

[79] *Meysen* (Anm. 34), S. 237, 242.

[80] *Meysen* (Anm. 34), S. 242.

[81] Vgl. nur BVerfG NJW 1986, S. 3129.

[82] Vgl. *Heike Rabe,* Die Verfahrenspflegschaft zwischen fortschreitender Umsetzung und Novellierung, ZKJ 2007, S. 437 (Projekt Münder); *Michaela Stötzel/Jörg Fegert*, „Verfahrenspfleger sind wie Engel". Verfahrenspflegschaft aus der Sicht des Kindes, KindPrax 2005, S. 53 ff.

deshalb Praxis und wissenschaftliche Diskussion.[83] Die neue Regelung in § 158 FamFG klärt einige der Streitfragen und baut die Institution weiter aus, kann aber ihrerseits nur ein Zwischenschritt auf dem Weg zu einer rundum befriedigenden Regelung sein.[84] Die folgende Darstellung muss sich aus Raumgründen auf einen Überblick über die wesentlichen Neuerungen beschränken.

2. Bestellung des Verfahrensbeistands

§ 158 I FamFG stellt klar, dass eine Pflicht zur Bestellung eines Verfahrensbeistands besteht[85] – eine Pflicht, die allerdings die richterliche Einschätzung voraussetzt, dass ein Verfahrensbeistand zur Wahrung der Kindesinteressen erforderlich ist.[86] Dieses Kriterium wird durch die Regelfälle des Absatzes 2 beispielhaft, aber nicht abschließend verdeutlicht;[87] abstrakte Definitionsversuche sind auch wenig hilfreich.[88]

Als Beispiel fehlender Erforderlichkeit übernimmt § 158 V FamFG die Vorschrift des § 50 III FGG, wo von einer „angemessenen" Vertretung der Kindesinteressen durch einen Rechtsanwalt oder sonstigen Verfahrensvertreter die Rede ist. Diese Anlehnung an das Betreuungsrecht (§ 70b III FGG = § 276 IV FamFG) ist nicht nur, wie Salgo sagt,[89] überflüssig, sondern sogar verfehlt. Ein Verfahrensbeistand ist, wie § 158 IV FamFG zu entnehmen ist, auch dem Kindeswohl verpflichtet; ein Rechtsanwalt ist konzeptionell Willensvertreter, und wessen Willen er bei Beauftragung und Bezahlung durch die Eltern vertritt, ist doch zumindest zweifelhaft.[90]

---

[83] Für die Praxis *Helmut Engelhardt*, Offene Fragen zum Verfahrenspfleger für das Kind (§ 50 FGG), FamRZ 2001, S. 525 ff.; für die Wissenschaft *Salgo* (Anm. 4), Rn. 11 ff.

[84] *Ludwig Salgo*, Neue Perspektiven bei der Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche § 166 FamFG-E, FPR 2006, S. 12; *Siegfried Willutzki,* Verfahrenspflegschaft im Spiegel einer widersprüchlichen Rechtsprechung, KindPrax 2004, S. 83 ff.

[85] So bisher schon die Literatur, *Theodor Keidel/Joachim Kuntze/Karl Winkler/Helmut Engelhardt*, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum FGG, 15. Aufl. 2003, § 50, Rn. 33; *Salgo* (Anm. 84), S. 12 f.

[86] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 529.

[87] Entwurfsbegründung (Anm. 2).

[88] Viel zu eng *Hanne Gummersbach,* Die Subjektstellung des Kindes, 2005, S. 154 f.: Zu fordern sei eine *„drohende, wahrscheinliche Schädigung des Kindes ohne separate Vertretung"*; die konkrete Möglichkeit nicht kindeswohlgerechter Vertretung durch die Eltern muss genügen.

[89] *Salgo,* (Anm. 84), S. 16.

[90] Krit. auch *KIRK* (Anm. 29), Stellungnahme 2006 und 2008; *Gummersbach* (Anm. 88), S. 225. Zur Vertretung des Kindes im Adoptionsverfahren durch das Jugendamt als Vormund siehe OLG Stuttgart FamRZ 2005, S. 542, 543.

Die Bestellung hat, wie § 158 III 1 FamFG jetzt (im Gegensatz noch zum Referentenentwurf 2006) strikt anordnet, „so früh wie möglich“ zu erfolgen.[91] Damit wird ein Petitum des BVerfG umgesetzt, das eine effektive Einflussnahmemöglichkeit des Verfahrensbeistands auf das Verfahren fordert.[92]

Die Entscheidung über die Bestellung ist unanfechtbar, § 158 III 4 FamFG – eine Klarstellung, die angesichts betonter Opposition durch einen Teil der Rechtsprechung notwendig war.[93] Dabei verwies man auf den in einer Pflegerbestellung angeblich liegenden Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG. Das FamFG nimmt dem Konflikt dadurch seine Brisanz, dass der Verfahrensbeistand ausdrücklich „nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes“ ist (§ 158 IV 6 FamFG) – als „Interessenvertreter“ steht er neben den Eltern, verdrängt sie aber nicht.[94]

Konsequenterweise gibt es auch kein personenbezogenes „Ablehnungsrecht“ der Eltern.[95]

Die Unanfechtbarkeit stellt sicher, dass die Beistandsbestellung nicht zu einem Bremsfaktor im Bemühen um Verfahrensbeschleunigung wird.[96]

3. Regelfälle, § 158 II FamFG

Die Regelfälle des § 158 II FamFG sind gegenüber § 50 II FGG erweitert – auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Die Formulierung „in der Regel“ lässt die Möglichkeit von Ausnahmen offen – die Entwurfsbegründung nennt insoweit Entscheidungen von geringer Tragweite oder „wenn alle Beteiligten gleichgerichtete Verfahrensziele verfolgen“.[97] Ob diese Einmütigkeit auch das Kind umfasst, soll aber doch der Verfahrensbeistand gerade eruieren. Jedenfalls bedarf das Absehen von einer Bestellung in den Fällen des Absatzes 2 stets einer gesonderten Begründung (§ 158 III 3 FamFG), Standardformulierungen genügen nicht.[98]

---

[91] Anders zu § 50 FGG BT-Drs. 13/4899, S. 131: „Zeitpunkt bleibt offen“; Referentenentwurf 2006, § 166 III 1: „soll“.

[92] BVerfG, Beschluss vom 26.08.1999 – 1 BvR 1403/99 , zit. nach *Salgo* (Anm. 84), S. 14.

[93] Nachweise bei *Salgo* (Anm. 4), Rn. 27, Fn. 95.

[94] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 531, 532.

[95] OLG München FamRZ 2005, S. 635, 636.

[96] Zustimmend *Salgo* (Anm. 4), Rn. 26 ff.; *Martin Menne*, Reform des Verfahrenspflegschaftsrechts: vom Verfahrenspfleger zum Verfahrensbeistand, FPR 2006, S. 44, 45 f.; krit. hingegen *Willutzki* (Anm. 29), S. 227.

[97] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 529.

[98] *Salgo* (Anm. 4), Rn. 13 m.w.N.

Insgesamt wirkt der Katalog der Regelfälle in § 158 II FamFG merkwürdig unsystematisch: Eine Generalklausel (Nr. 1) steht gleichrangig neben Spezialtatbeständen; Letztere überschneiden sich teilweise (Nr. 2-4).[99]

Im Übrigen ist der Katalog der Regelfälle in § 158 II FamFG trotz seiner Erweiterung immer noch zu eng.[100] So wäre in Gefährdungsfällen, Nr. 2, ein Verfahrensbeistand nicht nur am Platze bei möglichen Sorgerechtseingriffen, sondern auch und fast mehr noch bei deren Aufhebung gemäß § 1696 II BGB.[101] Entsprechend wäre bei Umgangskonflikten (Nr. 5) ein Verfahrensbeistand nicht nur bei möglichem Ausschluss, sondern auch bei Anordnung des Umgangs gegen den Widerstand des Kindes unverzichtbar.[102] Und wer vertritt das jüngere Kind angemessen, wenn es um die prozessuale Durchsetzung seines Anspruchs auf Umgang mit dem kontaktunwilligen Elternteil geht? Das BVerfG hat insoweit kürzlich die Bestellung eines Verfahrenspflegers angemahnt.[103]

Eine empfindliche Lücke enthält der Katalog auch im Hinblick auf häusliche Gewalt – steht sie im Hintergrund, bei welcher Regelungsfrage auch immer, dürfte ein Verfahrensbeistand für das Kind zumindest regelmäßig erforderlich sein.[104]

4. Finanzinteressen vs. Kindesinteressen

Die erweiterten Bestellungstatbestände der Verfahrensbeistandschaft (§ 158 I, II FamFG) sowie die umfassende Definition ihres Aufgabenbereichs im Regierungsentwurf (§ 158 IV i.d.F. des RegE) haben bei den Bundesländern die Furcht vor einer Überforderung der Justizhaushalte hervorgerufen. Unter Drohung mit ihrer Zustimmungsverweigerung im Bundesrat haben sie deshalb im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages durchgesetzt, dass die Kosten der Verfahrensbeistandschaft drastisch limitiert und – gewissermaßen als Legitimationsgrundlage – die Funktionen des Verfahrensbeistands entsprechend eingeschränkt wurden (dazu unten b).

---

[99] Systemkritik bei *Salgo* (Anm. 84), S. 13; *KIRK* (Anm. 29), Stellungnahme 2006 (unveröff.). Das noch im Regierungsentwurf enthaltene Antragsrecht des mindestens 14-jährigen Kindes (§ 158 II Nr. 1 FamFG) ist jetzt durch die grundsätzliche Verfahrensfähigkeit solcher Jugendlicher ersetzt (§ 9 I Nr. 3 FamFG).

[100] *Salgo* (Anm. 84), S. 13; *ders.* (Anm. 4), Rn. 15, 16; a.M. *Gummersbach* (Anm. 88), S. 223 f.

[101] *Salgo* (Anm. 84), S. 14; *KIRK* (Anm. 29), Stellungnahme 2006 (unveröff.).

[102] *Salgo* (Anm. 84), S. 14.

[103] BVerfG FamRZ 2008, S. 845, 853 Nr. 97.

[104] *Salgo* (Anm. 84), S. 14.

a) Aufwendungsersatz und Vergütung des Verfahrensbeistands

Während bezüglich des Aufwendungsersatzes und der Vergütung des Verfahrensbeistands der Regierungsentwurf in § 277 FamFG noch eine dem bisherigen Recht (§§ 67a FGG i.V.m. 1835, 1836 BGB sowie 1-3 VBVG) entsprechende Regelung vorsah, gilt dies nunmehr gemäß § 158 VII 1 FamFG nur noch für den Aufwendungsersatz des ehrenamtlichen Verfahrensbeistands (Verweis auf §§ 277 I FamFG, 1835 I-II BGB). Eine Vergütung erhält dieser ohnehin nicht.[105] Für den berufsmäßigen Verfahrensbeistand hingegen gilt nunmehr die pauschalierte Entschädigungsregel des § 158 VII 2-4 FamFG: Grundvergütung 350 €, erhöhte Vergütung 550 €. Dieser Pauschalsatz deckt auch den Aufwendungsersatz ab. Angesichts der bisher angefallenen durchschnittlichen Kosten für eine Verfahrenspflegschaft in Höhe von knapp 800 €[106] bedeutet dies eine wesentliche Reduzierung der Einkünfte von berufsmäßigen Verfahrensbeiständen.[107] Massive Proteste gegen die Beschränkungen von Seiten der Fachöffentlichkeit haben nicht verhindern können, dass der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages die Änderungen in seine Beschlussempfehlung übernommen hat. Es ist zu befürchten, dass es auf der Basis der neuen Vergütungsregelung in Zukunft kaum noch gelingen wird, qualifizierte, motivierte und einsatzfreudige Verfahrensbeistände in genügender Zahl zu gewinnen. Wenn es richtig ist, dass der Gesamtaufwand für Verfahrenspflegschaften bisherigen Rechts in der Bundesrepublik rund 7 Millionen Euro pro Jahr betrug,[108] dann stellt sich die finanzorientierte „Notbremse“ der Bundesländer als Armutszeugnis dar:[109] Selbst ein doppelt so hoher Gesamtaufwand sollte einem Gemeinwesen wie Deutschland die Sicherung des Kindeswohls in kritischen Verfahrenskontexten eigentlich wert sein.

b) Funktion und Aufgaben des Verfahrensbeistands, § 158 IV FamFG

Der Regierungsentwurf zum FamFG hatte zur Funktion und zu den Aufgaben des Verfahrensbeistands eine begrüßenswerte Regelung vorgesehen. Den Fun-

[105] Vgl. *Paul Jansen/Susanne Sonnenfeld*, FGG, 3. Aufl. 2005, § 67a Rn. 12.

[106] Presseerklärung der *BAG Verfahrenspflegschaft* vom 7.6.2008.

[107] Die bisher schon mögliche, fakultative Pauschalierung durch Gerichtsbeschluss (§ 67a III FGG) war in der Praxis als „Ausnahme“ angesehen worden (LG Münster BtPrax 2000, S. 42, 43 für den Betreuer) und wurde nur selten angeordnet, vgl. *Axel Bauer*, in: Salgo/Zenz/Fegert (Anm. 4), Rn. 1293 ff.

[108] So Presseerklärung der *BAG Verfahrenspflegschaft* vom 7.6.2008.

[109] Zum internationalen Vergleich siehe *Salgo* (Anm. 4), Rn. 46 ff.

damentalstreit über die advokatorische oder vormundschaftliche Funktion[110] entschied der Entwurf mit einem entschiedenen „Sowohl-als-auch". Begründet wurde dies mit der eigenständigen Stellung und Verantwortung des Verfahrensbeistands sowohl gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten wie auch gegenüber dem Kind:[111] Er ist selbst, als solcher, Verfahrensbeteiligter (§ 7 II Nr. 2 FamFG). Er hat die subjektive Haltung des Kindes festzustellen und ins Verfahren einzubringen; er sollte aber auch dessen objektiv verstandenem Wohl verpflichtet sein.[112]

Diese mutige und kindgerechte Klarstellung ist, korrespondierend zur Vergütungspauschalierung, den Finanzbedenken der Bundesländer zum Opfer gefallen. Der jetzige § 158 IV FamFG reduziert den Verfahrensbeistand im Wesentlichen auf einen Informationsvermittler zum Kind und auf dessen Willensvertreter. Gemäß Satz 1 hat er zwar ohne Einschränkung „das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen", was nach allgemeinem und gesetzlichem Sprachgebrauch sowohl das subjektive Kindesinteresse (Kindeswille) als auch sein objektives, „wohlverstandenes" Interesse umfasst (Kindeswohl). Eigene Erkenntnisquellen für die objektiven Kindesinteressen werden dem Verfahrensbeistand jedoch grundsätzlich nicht eröffnet: Reden darf er in der Regel nur mit dem Kind, was ihm im Wesentlichen den Willen des Kindes vermittelt. Gespräche mit den Eltern oder anderen Bezugspersonen, eigene Sachverhaltsermittlungen und Mitwirkung an Gesprächen über einvernehmliche Lösungen gehören nur zu seinen Aufgaben, wenn sie ihm zusätzlich und ausdrücklich vom Gericht übertragen werden (Satz 3). Die Übertragung setzt voraus, dass insoweit „ein Erfordernis besteht"; dem Familiengericht wird insoweit eine Begründungspflicht auferlegt (Satz 4). Angesichts des Kostendrucks der Justizhaushalte wird es nicht oft zur Übertragung zusätzlicher Aufgaben kommen, zumal das Familiengericht mit einer Übertragung implizit zugeben müsste, dass seine eigenen Amtsermittlungen unzureichend sind. Die daraus folgende praktische Beschränkung des Verfahrensbeistands auf einen Willensvertreter des Kindes[113] führt zur inneren Unstimmigkeit des § 158 IV FamFG; sie ist – zusammen mit der gleichzeitigen Vergütungspauschalierung – ein schwerer Rückschlag für die Bemühungen um

[110] Dazu nur *Salgo* (Anm. 4), Rn. 39 ff.; *Willutzki* (Anm. 84), S. 83 ff.; *Martin Menne*, Der Anwalt des Kindes – Entwicklungstendenzen und Perspektiven im Recht der Verfahrenspflegschaft, FamRZ 2005, 1035, 1038 („Großbaustelle"); *Gummersbach* (Anm. 88), S. 278 ff.

[111] Entwurfsbegründung (Anm. 2), S. 532.

[112] „Schutz des Kindes gegen sich selbst", vgl. *Salgo* (Anm. 4), Rn. 66, 67; *BAG Verfahrenspflegschaft*, FamRZ 2005, S. 777.

[113] So allerdings auch schon, in merkwürdigem Kontrast zu seiner bisherigen Rspr., ein Kammerbeschluss des BVerfG FamRZ 2004, S. 1267, 1269 f.

eine effektive Aufwertung der Kindesposition durch eine unabhängige und umfassende, kompetente Interessenvertretung. Die dem Verfahrensbeistand verbleibende Funktion der Informationsvermittlung und der Willensvertretung überschneiden sich auch mit den Aufgaben des Gerichts im Rahmen der Kindesanhörung (§ 159 I-III FamFG: Anhörung; IV: Information). Da der Verfahrensbeistand bei der persönlichen Anhörung des Kindes anwesend sein soll (§ 159 IV 3 FamFG), wird er angesichts seiner Pauschalvergütung unter Umständen auch wenig motiviert sein, vorher oder nachher noch einmal separat mit dem Kind zu sprechen. Es drängen sich unter diesen Umständen sogar gewisse Zweifel an der Notwendigkeit eines derart reduzierten „Interessenvertreters" des Kindes auf.

Die Neuregelung hat zugegebenermaßen den Vorteil, nicht nur die Kosten zu senken, sondern auch die (in der Praxis schon zutage getretene) Gefahr von Rollenkonflikten der Akteure im kindschaftsrechtlichen Verfahren.[114] Es mag auch sein, dass sich Verfahrenspfleger bisherigen Rechts gelegentlich als zentrale „case-manager" geriert haben. Aber was ist im Prinzip verkehrt daran, wenn in Verfahren, die schwerwiegende Bedeutung für die Person des Kindes haben, dem spezifischen Vertreter des Kindeswohls eine zentrale Bedeutung zukommt? Eine kindesorientierte Rechtspolitik würde nicht diese zentrale Bedeutung beschneiden, sondern sich auf die optimale Qualifizierung der Verfahrensbeistände konzentrieren – dazu sagt das FamFG aber nichts, weder im Regierungsentwurf noch in der endgültigen Fassung.[115]

VI. Schlussbemerkung

Die systematische und übergreifende Neuordnung des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und in diesem Rahmen insbesondere das FamFG zeigen, dass unser Gesetzgeber – trotz vieler leidvoller Erfahrungen in der Vergangenheit – die Kraft zum großen Wurf doch noch nicht ganz verloren hat. Die Kindschaftssachen haben – trotz der bedauerlichen Kehrtwende beim Verfahrensbeistand – an dieser grundsätzlich positiven Bewertung teil. Es handelt sich um eine lebendige, vom jeweiligen Entwicklungsstand und Erkenntnisstand der Gesellschaft geprägte Materie. Ein idealer Zustand des Kindschaftsverfah-

[114] Richter, Anwälte, Jugendamt, Verfahrensbeistand, Gutachter, Berater, Mediatoren, Umgangspfleger, Umgangsbegleiter; zur Rollenabgrenzung vgl. *Bauer* (Anm. 107), Rn. 81 ff., 102 ff.

[115] Zu den Qualifikationsanforderungen siehe „Standards für VerfahrenspflegerInnen", *BAG Verfahrenspflegschaft* vom 17.02.2001 (Anm. 4), Rn. 1055; *Eginhard Walter*, Qualitätsentwicklung und -sicherung in der Verfahrenspflegschaft, FPR 2006, S. 33 ff.; krit. zum Fehlen gesetzlicher Vorgaben *Salgo* (Anm. 84), S. 15.

rensrechts kann deshalb gar nicht erwartet werden, und gerade für die junge Generation der Juristen ist es doch ermutigend, dass die Alten noch viele Verbesserungsmöglichkeiten übergelassen haben.

„Familienversagen“ und Familienpolitik

Ilona Ostner

I. Einleitung

Im Sommer 2008 gab der Hannoveraner Finanzwissenschaftler *Stefan Homburg* der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung ein Interview, in dem er seine Version der Kindeswohlgefährdung, zugleich seine Version dessen, was ich unter „Familien-“ oder „Elternversagen“ verstehe, mit Hilfe des Principal-Agent-Problems in der Unternehmensführung der Öffentlichkeit unterbreitete. Ich paraphrasiere sinngemäß: Die Gesellschaft erwarte ähnlich wie der Unternehmer, dass sich Eltern, die man sich quasi als Arbeitskräfte, vielleicht auch als Subunternehmer oder Scheinselbständige des Unternehmens „Gesellschaft“ vorstellen muss, voll und ganz für die Erziehung der Kinder einsetzen. Aber so wenig wie der Unternehmer den Arbeitskräften, so könne die Gesellschaft den Eltern vertrauen; man könne sich nicht darauf verlassen, dass Eltern, gedacht als elterliche Arbeitskräfte im Unternehmen „Gesellschaft“, auch tatsächlich den erwarteten vollen Einsatz für die ihnen der Analogie nach „fremde“, „gleichgültige“ Angelegenheit des Arbeitgebers bzw. der Gesellschaft bringen. Daher seien spezifische Kontrolltechniken unabdingbar. Das „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ wäre, so mein Argument, solch eine Kontrolltechnologie.

Anliegen meines Beitrags ist es, aktuelle Tendenzen, in die Elternrechte einzugreifen und diese Eingriffe formal zu erleichtern (Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen), zugleich die Beteiligungsrechte des Kindes, u.a. durch

den Verfahrensbeistand, sowie die Rechte der Pflegeeltern zu stärken, was auf eine weitere Ausweitung des Begriffs der Familie hinausliefe, sozialwissenschaftlich – hier wiederum: vor allem sozialpolitisch – zu verorten. Die skizzierten Tendenzen werden mit der Gefährdung des Kindeswohls, einer möglichen Umschreibung dessen, was ich wiederum in Anschluss an aktuelle sozialpolitische Debatten „Familienversagen" oder „Multidisfunktionalität der Familie" nenne, begründet. Nach einer kurzen soziologischen Vorbemerkung zum „Problem, Probleme zu bestimmen" (Abschnitt II), erläutere ich knapp, was mit „Familienversagen" gemeint ist (Abschnitt III) und wie die Formel von „Kindeswohl versus Familienversagen" den Leitbild- und Politikwechsel in der Familienpolitik und allgemeiner: die Neujustierung des Verhältnisses zwischen Eltern, Kindern und Gesellschaft leitet (Abschnitte IV und V). Abschließend gebe ich einige soziologische Hinweise, was diesen Wechsel befördert haben mag und weiter befördern wird (Abschnitt VI).

II. Die soziale Konstruktion von Problemen oder Kindeswohlgefährdung als „problematisches Problem"

Die Kindeswohlgefährdung ist kritisch-sozialwissenschaftlich betrachtet ein „problematisches Problem".[1] „Problematische" Probleme sind solche, über deren Status kein wissenschaftlicher Konsens besteht: Wissenschaftler können sich nicht darauf einigen, worin das Problem besteht, ob es überhaupt existiert und wie es zu messen wäre. Das Problem wird erst im Diskurs von Wissenschaft und Politik über das Problem und dies auch nur sehr vorläufig näher bestimmt.[2]

Um ein aktuelles Beispiel zu nennen: Viele Fakten (und empirische Daten) sprechen dafür, dass es in erster Linie die Männer (unabhängig vom Stand ihrer Bildung und ihrem Berufsstatus) sind, die zum Geburtenrückgang bei(ge)tragen (haben). Sie suchen erst die Partnerin, mit der sie sich überhaupt Familie vorstellen können, zugleich wollen sie ihre Familie ohne fremde Hilfe (dazu würde auch das Einkommen der Partnerin gehören) angemessen ernäh-

---

[1] Zum Konzept: *Elisabeth Beck-Gernsheim*, Geburtenrückgang: Die wissenschaftliche Karriere eines politischen Themas, in: Ulrich Beck (Hrsg.), Soziologie und Praxis. Erfahrungen, Konflikte, Perspektiven, Sonderband 1, 1982, S. 244.

[2] Vgl. *Helga Nowotny*, Vom Definieren, vom Lösen und vom Verwalten sozialer Probleme: Der Beitrag der Armutsforschung, in: Ulrich Beck (Hrsg.), Soziologie und Praxis. Erfahrungen, Konflikte, Perspektiven, Sonderband 1, 1982, S. 115-134.

ren können.[3] Dennoch konzentrierten politiknahe Experten ihre Diagnose auf Frauen, vor allem hochqualifizierte, und rieten jüngst der Politik, die Kosten des Kinderhabens für diese Gruppe zu verringern.

Politiker und ihre Experten gehen also häufig vor jeder belastbaren empirischen Überprüfung und oft auch gegen valide empirische Evidenz davon aus, dass ein Problem – der schwindende Kinderwunsch von Akademikerinnen; unter Druck geratene Familien und in der Folge Kindeswohlgefährdung – im relevanten Maße, wenn vielleicht auch nur in der Latenz, existiert; dass es seiner Lösung harrt und auch ohne weiteres gelöst werden kann. *Renate Mayntz*, auf die ich mich hier beziehe, spricht von einem „Problemlösungsbias” der Steuerungstheorie und ihrer Agenten – z.B. der Politikberatung.[4] Die anvisierte Problemlösung leitet die Problemdefinition und soll, so die kommunizierte Fiktion, in erster Linie, wenn nicht sogar ausschließlich, „gemeinwohlorientiert”, also nicht machtorientiert, nicht an partikularistischen Interessen bestimmter Parteiungen ausgerichtet sein. Die öffentliche Debatte „imaginiert“, so *Nowotny*[5], willige (gleichwohl vom Prozess der Problemdefinition ausgeschlossene) Bürger, die die Problemlösung, wenn das Problem (Risiko) richtig kommuniziert ist, mittragen.

Aktuelle Debatten über wohlfahrtsstaatliche Herausforderungen und Probleme, dazu gehört u.a. die Kindeswohlgefährdung, fragen folglich erst gar nicht, inwieweit das vom politisch Handelnden definierte Problem in der definierten Form überhaupt besteht und ob die angestrebte Lösung tatsächlich einem auch von den Bürgern vorgestellten Gemeinwohl dient. (Ginge es tatsächlich und vorrangig um die Lösung eines gesellschaftlichen Problems, müssten die Qualität der zugrunde liegenden Problemdiagnose, z.B. die Art des verwendeten Wissens, und die Qualität der Lösung, z.B. ihre Passgenauigkeit und die Berücksichtigung auch der nicht-intendierten Folgen einer Lösung, ein wichtiges Thema sein.) Stattdessen bringen Politik und politiknahe Experten Probleme mit hohem „Appeal” ins Spiel – das „Kindeswohl“ oder damit verwandt die „Kinderarmut”, auch die „Gerechtigkeit zwischen den Generationen“ sind dafür gute Beispiele –, von deren „generell akzeptierter Problemhaftigkeit” (*Mayntz*) man schlicht meint ausgehen zu können, die man also, obwohl kaum

[3] Vgl. z.B. *Carina Marten/Ilona Ostner*, Individualisierte Familiengründung?, in: Deutsches Jugendinstitut und Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Vater sein dagegen sehr – Facetten und Ambivalenzen der Vaterschaft heute, 2008 (im Erscheinen).

[4] *Renate Mayntz*, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, MPIfG Working Paper 01/2, 2001.

[5] *Helga Nowotny*, Experten, Expertisen und imaginierte Laien, in: Alexander Torgensen/Helge Bogner (Hrsg.), Wozu Experten?, 2006, S. 33 ff., 41.

erforscht, unterstellt. Diese allgemeinen Überlegungen sollen im Folgenden am Beispiel der Diagnose multiplen Versagens der Familien, wie der Soziologe, Wohlfahrtsstaatsforscher und international agierende Politikberater *Gøsta Esping-Andersen* sie als einer der Ersten stellte,[6] weiter ausgeführt werden.

III. „Familienversagen"

Esping-Andersen stellte dem in der sozialwissenschaftlichen Literatur und in der Wirklichkeit bekannten „Markt"- und „Staatsversagen" nun das „Familienversagen" gegenüber („family failures"):[7] Dieses stelle *die* Herausforderung an den „postindustriellen" Wohlfahrtsstaat und zugleich die wesentliche Begründung einer „sozialinvestiven" Sozialpolitik dar.[8]

Der alte Wohlfahrtsstaat habe sich, so *Esping-Andersen*, auf Marktversagen konzentriert und Schritt für Schritt die Lebensverhältnisse der Lohnabhängigen gesichert und einigermaßen angeglichen.[9] Das „Familienversagen", das sich zunächst in der sinkenden Zahl an Kindern und pflegenden Familienangehörigen oder in der Häufung von Trennung und Scheidung ausdrückt, habe die Sozialpolitik dabei sträflich vernachlässigt, teils sogar gefördert. *Esping-Andersen* plädiert nun für eine kindzentrierte sozialinvestive Politik, die dem Familienversagen, das hinter den vielen Facetten der Kinderarmut steht, entgegenwirken soll.[10]

„Kinderarmut" meint nicht nur sinkende Geburtenzahlen oder steigende Anteile kinderloser Frauen und Männer, die, so die gängige Vermutung, die Kosten des Kinderhabens antizipieren, sondern auch das Risiko eines Kindes, in einer einkommens-, weil erwerbsarmen Familie zu leben. Dabei wird heute Kinderarmut in erster Linie mit der „Erwerbsarmut" der Familie – dass diese ihr Erwerbspotential nicht ausschöpft bzw. nicht ausschöpfen kann –, weniger mit Geldarmut in Verbindung gebracht. Daher sollen (geschlechtsneutral) alle Erwerbsfähigen im Familienhaushalt aktiviert werden. Darüber hinaus gelten Kinder dann als „arm", wenn es ihnen an „kulturellem Kapital" mangelt, weil ihre Eltern als „bildungsfern" gelten (häufig gemessen an der Zahl der PC und

---

[6] *Gøsta Esping-Andersen* (Hrsg.), Why We Need a New Welfare State, 2002.

[7] Vgl. *Gøsta Esping-Andersen,* Towards the Good Society, Once Again?, in: ders. (Hrsg.), Why We Need a New Welfare State, 2002, S. 1 ff., 12.

[8] Vgl. zum Folgenden *Ilona Ostner*, Kinder und Frauen zuerst!? Ein Review-Essay, ZSR 50 (2004), S. 211-216.

[9] *Esping-Andersen* (Anm. 7), S. 12.

[10] *Gøsta Esping-Andersen*, A Child-Centred Social Investment Strategy, in: ders. (Hrsg.), Why We Need a New Welfare State, 2002, S. 26-67.

Bücher, ferner am Bildungsabschluss der Eltern!); oder wenn sie nicht gleichermaßen am Durchschnittskonsum teilhaben und damit neben der kulturellen auch von der sozialen Teilhabe ausgeschlossen sind.

Dem Bericht der UNICEF zum Thema „Child Poverty in Rich Nations“ sind dementsprechend folgende Sätze vorangestellt, die ich auf Deutsch paraphrasiere:[11] Viele Kinder seien selbst in reichen Gesellschaften von typischen Aktivitäten und Möglichkeiten ihrer Altersgenossen ausgeschlossen. Die jährliche Urlaubsreise mit den Eltern – gar ins Ausland – den eigenen Computer, das Mountainbike, den Skikurs kennen sie nur vom Hörensagen oder Zuschauen. Hier handele es sich zwar um einen Ausschluss auf hohem Konsumniveau. Aber eine relative Armut an Gütern, die andere Kinder wie selbstverständlich besitzen, widerspreche nicht nur den Gerechtigkeitsvorstellungen der entwickelten Länder, sondern auch dem rationalen Umgang einer Gesellschaft mit knappen Ressourcen. Denn den von Armut betroffenen oder bedrohten Kindern werden die Entwicklungsmöglichkeiten, die sie für die Herausforderungen der Wissensgesellschaft rüsten können und auf die dieser Gesellschaftstypus angewiesen ist, vorenthalten. Schließlich zeigen empirische Untersuchungen, dass Armut und Benachteiligung in jungen Jahren die Handlungsspielräume, Anpassungsmöglichkeiten und insgesamt die Lebenschancen der Erwachsenen in späteren erheblich beeinträchtigen.

Esping-Andersen konzentrierte sich zunächst auf das „Bildungsversagen“ der Familie, das der Wohlfahrtsstaat nicht habe konterkarieren können.[12] Denn nach wie vor hingen die Lebenschancen der Heranwachsenden von der sozialen Schichtzugehörigkeit und dem „sozialen Erbe“ ab. Eine Gleichheit der Ausgangschancen existiere immer noch nicht. Dies sei auch so, weil Frauen und Männer ihre Partner innerhalb ihrer Schicht suchten. Weniger Gebildete heirateten weniger Gebildete und bekämen Kinder, die dann auch weniger gebildet wären. Man könne Menschen nicht die Partner vorschreiben und bildungsferne Eltern nicht ohne weiteres veranlassen, ihren Kindern vorzulesen[13] – im UK gibt es bereits Programme, die Eltern das Vorlesen nahebringen sollen. Schichtspezifische Bildungsvorteile ließen sich durch die Familie nicht nur nicht neutralisieren; man würde auch mit jeder Förderung der Familienfunktionen sozusagen (in meinen Worten) „den Bock zum Gärtner“ machen, denn die Familie (nicht die ökonomische Lage, „class“) sei heute der Ausgangspunkt sozialer Ungleichheit.

[11] *UNICEF*, Child Poverty in Rich Nations. Innocenti Report Card, Issue No. 1, 2000, S. 3.

[12] *Esping-Andersen* (Anm. 10), S. 29.

[13] *Esping-Andersen* (Anm. 10), S. 49.

„The fundamental life phase is in childhood, and the crucial issue lies in the inter-play between parental and societal investments in children's development. The new paradox, then, is that strong families are becoming ever more detrimental for our well-being even as they are themselves becoming more vulnerable, fragile, and threatened." [14]

Hinzu komme, dass ausgerechnet die gebildeten Frauen in vielen EU-Ländern weniger Kinder hätten und daher ihr Humankapital nicht an die nächste Generation weitergäben (vgl. oben: Begründung für Elterngeld als Lohnersatzleistung!). Und wenn sie heirateten, täten sie dies, wie gesagt, innerhalb ihrer Gruppe, was die Vererbung von Vorteilen und die soziale Polarisierung erkläre. Interveniere man nicht, gebe man gar den Familien vor allem Geld statt öffentliche Dienste, dann würde sich diese Schieflage verschärfen (Geld für Konsum statt für Investition in Kinder).

IV. „Entfamilisierung" als politische Strategie und radikaler Politikwechsel

Esping-Andersen hat ein Programm für ein groß angelegtes social engineering entworfen, das inzwischen in Deutschland in Ansätzen auf den Weg gebracht worden ist. Denn: Dem Familienversagen kann man, so habe ich *Esping-Andersen* verstanden, letztlich nur durch konsequente „Entfamilisierung", der Überantwortung der familialen Betreuung vor allem der Kinder und deren Erziehung an öffentliche Instanzen, begegnen. Auf diese Weise könne die neue Sozialpolitik das Projekt des Egalitarismus verwirklichen. Sie müsse dies auch aus Gründen der Effizienz tun und nicht allein aus normativen Überlegungen heraus.[15]

Ansatzpunkt dieses neuen „angebotsseitigen Egalitarismus" ist das individuelle Humankapital, auf das die zukünftigen Gesellschaften EU-Europas mehr denn je angewiesen seien.[16] Sie müssen – demographisch bedingt – mit einem knappen Arbeitskräftepotential auskommen, wobei der Bedarf an gut ausgebildeten, vielseitigen Arbeitskräften steigen werde; sie müssen ferner – ebenfalls demographisch bedingt – eine wachsende Zahl immer älter werdender, nicht erwerbstätiger Menschen unterhalten. Auch deshalb müsse die Produktivität der Jungen und Arbeitsfähigen erhöht werden. Keine Gesellschaft, so *Esping-Andersen*, könne sich eine Sozialstruktur leisten, die aus „Inseln der Exzellenz

---

[14] *Esping-Andersen* (Anm. 10), S. 26 f.

[15] *Esping-Andersen* (Anm. 10), S. 67.

[16] *Esping-Andersen* (Anm. 7), S. 9 f.; *Esping-Andersen* (Anm. 10), S. 28 f.

im Meer des Unwissens" bestünde.[17] Bildung trage zur Erhöhung der Produktivität der Bürger bei, sie lohne sich, da sie Rendite bringe. Um diese Rendite aus der Investition zu garantieren, müsse das Kind in seiner Familie und müssen (mit dem Kind) auch die Frauen in den Blick genommen werden. Und zwar wiederum nicht (vorrangig) aus normativen Gründen, sondern aus Gründen der Effizienz: Kinder- und Frauenpolitik seien funktional für die Erwirtschaftung von Renditen, für Effizienzsteigerung in diesem Sinn.

Familien werden inzwischen auch (bzw. nicht nur) in Deutschland unter diesen ökonomischen Gesichtspunkten betrachtet:[18] als Ressourcen des Arbeitsmarkts und allgemeiner der Wissensgesellschaft, als Kostenfaktor für junge Erwachsene vor und nach der Entscheidung für ein Kind, als Armutsrisiko für Kinder und Eltern, Beeinträchtigung von Erwerbs- oder Konsumchancen usw. Außerdem sprechen Politik und Medien immer häufiger und auch immer lauter von den Kosten, die „bildungsferne" und anderweitig versagende Familien der Gesellschaft und der Wirtschaft verursachen. So verwunderte es auch wenig, dass die Bundesregierung Anfang 2003 zwei der für den Wechsel zur neuen, „nachhaltig" genannten Familienpolitik maßgeblichen Gutachten an Wirtschaftswissenschaftler vergab.[19] Beide Gutachten begründeten Notwendigkeit wie Möglichkeit des Politikwechsels ökonomisch. Dementsprechend betonte die damalige SPD-Bundesfamilienministerin *Renate Schmidt* in ihrem Vorwort zum *Rürup/Gruescu*-Gutachten, dieses sei neuartig, da es den „ökonomischen Charme" der Familie herausarbeite.[20]

Esping-Andersen ist in der Nachfolge einiger Experten der OECD einer der Urheber der neuen sozialinvestiven Sozialpolitik. Seine Überlegungen sind in die vom Ministerrat im März 2000 in Lissabon beschlossenen sozialpolitischen Leitlinien zur Modernisierung des Europäischen Sozialmodells, letztlich der Agenda 2010 der Regierung *Schröder*, eingegangen. Die OECD hatte ihr auf die Familie gerichtetes Aktivierungsparadigma wie folgt beschrieben:

---

[17] *Esping-Andersen* (Anm. 10), S. 29.

[18] Vgl. dazu *Trudie Knijn/Ilona Ostner*, The Meaning of Children in Dutch and German Family Policy, Comparative Social Research 25 (2008), S. 79-110.

[19] *Bert Rürup/Sandra Gruescu*, Familienpolitik im Interesse einer aktiven Bevölkerungsentwicklung. Gutachten, 2003; *Katharina Spieß* et al., Abschätzung der Brutto-Einnahmeneffekte öffentlicher Haushalte und der Sozialversicherungsträger bei einem Ausbau von Kindertageseinrichtungen. Gutachten, 2003.

[20] *Rürup/Gruescu* (Anm. 19), S. 3.

„The new social policy agenda is how to achieve social solidarity through enabling individuals and families to support themselves [...].“ [21]

Der OECD Employment Outlook 2001 begründete dieses Paradigma ausführlicher. So heißt es dort in der Einleitung zum Kapitel, das Maßnahmen der Work-Life-Balance in den OECD-Ländern vergleicht:

„The main policy concern addressed is that of encouraging a higher participation by mothers in paid employment. This is important to maintain their labour market skills, to ensure adequate resources for families and women living by themselves, and to make further progress towards gender equity. In addition, the skills of mothers will be increasingly needed in the labour market as the population of working age in most OECD countries begins to shrink. The chapter notes the probable relevance of the work/family relationship to fertility – the low fertility rates seen in most OECD countries will exacerbate shortfalls in labour supply if they continue.“ [22]

Mary Daly identifizierte fünf Trends bzw. Faktoren, die zusammengenommen verdeutlichen, welche Entwicklungen die EU-europäische Familie nach Ansicht politiknaher Experten bestimmen sollen:[23]

(1) Ein Interesse des Staates an „Familiensolidarität”, entsprechende Diskurse, wobei „Familie” und „Solidarität” neu gefasst werden: ausgreifend auf Nachbarschaft, Quartier; starke Betonung des Beitrages der Väter und der älteren (auch nicht-verwandtschaftlichen) Generationen;

(2) jeweils mit Blick auf die Erhöhung elterlicher Erwerbsbeteiligung;

(3) ein individualisierender rechtlicher und politischer Zugriff auf Kinder;

(4) Betonung der größeren Rolle des welfare mix (von Einkommen und Diensten);

(5) geschlechtsneutrale Formulierung der Erwartungen an Familien und Design geschlechtsneutralerer Politiken [entsprechend (1) und (2)].

Die Chancen, dass die EU etwas schwedischer wird, sind mit den Leitlinien einer kindzentrierten, in diesem Sinn sozialinvestiven Sozialpolitik gestiegen.

---

[21] *OECD*, A Caring World: The New Social Policy Agenda, 1999, S. 4.

[22] *OECD*, Balancing Work and Family Life: Helping Parents into Paid Employment, in: OECD (Hrsg.), Employment Outlook, 2001, S. 129-166, 129.

[23] *Mary Daly*, Changing Conceptions of Family and Gender Relations in European Welfare States and the Third Way, in: Jane Lewis/Rebecca Surender (Hrsg.), Welfare State Change. Towards a Third Way?, 2004, S. 135 ff., 150.

Jedenfalls bilden Schweden und Dänemark nicht nur für *Esping-Andersen*, die OECD oder die EU-Kommission, sondern auch für Deutschland die „benchmarks" für entfamilisierende bzw. nicht-„maternalistische" Politiken, die „family failures" konterkarieren, indem sie sich von der vorrangigen häuslichen Betreuung der Kinder durch die Mütter verabschieden und insgesamt für „weniger" im Interesse von „mehr Familie" plädieren.[24]

Für viele vergleichende Wohlfahrtsstaatsforscher überraschend wechselte die deutsche Familienpolitik in den letzten Jahren ihre Ziele, schuf neue Instrumente und verwarf alte. Man kann durchaus vom Einstieg in einen familienpolitischen Paradigmenwechsel (Wechsel der Ideen, damit der Ziele, folglich auch der Instrumente[25]) sprechen. Die Familienpolitik bewegt sich, um eine Formel von *Johannes Münder* aufzugreifen, weiter weg von der „Familienerziehung" und stärker in Richtung auf eine „Vergesellschaftung der Erziehung" bzw. der Kinder. Damit soll sich, so die regierungsamtlich autorisierten Verfasser des deutschen Berichts für den OECD-Report „Early Childhood Policy Review" (2002-2004)[26], Deutschland endgültig vom „Maternalismus" (von der Überzeugung, dass kleine Kinder am besten in der Familie, und zwar von ihren Müttern betreut werden sollten[27]) verabschieden (Leitbildwechsel). Denn dieser Maternalismus behindert, so die inzwischen offizielle Auffassung, die Vergesellschaftung der Erziehung in Westdeutschland und das leitbildmäßige Aufschließen im Westen an Ostdeutschland, das im Report für eine gelungene „Schwedisierung" steht.

> *„Die Unterschiede zwischen Ost und West bei der FBBE [Kürzel für „Frühkindliche Betreuung, Bildung und Erziehung", IO] gehen über die Frage des quantitativen Angebots hinaus. […] die beiden FBBE-Systeme [unterschieden sich] auch in der Art und Weise, wie […] die Beschäftigten eingesetzt, geschult und geschätzt wurden. […] Hinter diesen Unterschieden standen unterschiedliche Auffassungen von […] Kindheit, Elternschaft und Familie. Im Westen gab es eine starke Ideologie der Mutterschaft, eine Auffassung, die auch als Maternalismus […] bezeichnet wird. […]*

[24] Zur Formel vgl. *Johannes Huinink*, Polarisierung der Familienentwicklung in europäischen Ländern im Vergleich, in: Norbert F. Schneider/Heike Matthias-Bleck (Hrsg.), Elternschaft heute. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen und individuelle Gestaltungsaufgaben. Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2, 2002, S. 49 ff., 71.

[25] Vgl. zum Konzept: *Peter Hall*, Policy Paradigms, Social Learning and the State: The Case of Economic Policy-making in Britain, Comparative Politics 25 (1993), S. 275-296.

[26] *OECD/Deutsches Jugendinstitut*, Early Childhood Policy Review (2002-2004). Hintergrundbericht Deutschland, Fassung vom 26.11.2004.

[27] Zum Konzept vgl. *Ann Shola Orloff*, From Maternalism to "Employment for All": State Policies to Promote Women's Employment across the Affluent Democracies, in: Jonah D. Levy (Hrsg.), The State after Statism, 2006, S. 230-268.

Nach dieser Auffassung war der Kindergarten nur eine Unterstützung für die hauptsächlich von der Familie geleistete Erziehung […] Ganz anders im Osten, wo davon ausgegangen und erwartet wurde, dass beide Eltern – also Vater und Mutter – berufstätig waren und der Staat die Tagesbetreuung der Kinder ab dem ersten Lebensjahr übernahm […] Zudem wurde erwartet, dass diese Versorgung durch bestens ausgebildete Fachkräfte geleistet wurde, denen die Eltern voll und ganz vertrauen konnten, damit sie ihre Energie ihrer beruflichen Arbeit widmen konnten.“ [28]

Die feministische Wohlfahrtsstaatsforschung unterscheidet zwischen Formen der „familisierenden“ und der „entfamilisierenden“ Familienpolitik. Mit dieser Unterscheidung lässt sich in einer ersten Annäherung die Radikalität des auf den Weg gebrachten bundesrepublikanischen Politikwechsels recht gut auf den Punkt bringen. Im ersten Fall (Familisierung) sollen Frauen Mütter sein können, im zweiten (Entfamilisierung) auf jeden Fall erwerbstätig sein und möglichst Kinder haben. Es lassen sich vereinfacht jeweils „negative“ und „positive“ Formen der Familisierung bzw. Entfamilisierung unterscheiden (vgl. Übersicht 1): Beschäftigungsverbote für Mütter, fehlende Möglichkeiten der außerhäuslichen Kinderbetreuung wären „negative“, Erziehungsgehalt und -renten dagegen „positive“ Formen der Familisierung; die Kürzung, gar Abschaffung, erst recht das Fehlen von Transferleistungen für Familien wären negative, kostenfreie oder -günstige, gleichwohl hochwertige Betreuungsangebote für Kinder und andere hilfebedürftige Familienmitglieder wiederum positive Formen der Entfamilisierung.[29]

Übersicht 1: Varianten der Familienpolitik

	Familisierung	Entfamilisierung
Negativ	Fehlende Kinderbetreuung	Individualbesteuerung
Positiv	Erziehungsgehalt	Ausreichend Kinderbetreuung

[28] *OECD*, Die Politik der frühkindlichen Betreuung, Bildung und Erziehung in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Länderbericht der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), 26. November 2004, S. 17.

[29] *Ilona Ostner*, Paradigmenwechsel in der (west)deutschen Familienpolitik, in: Peter A. Berger/Heike Kahlert (Hrsg.), Der demographische Wandel. Chancen für die Neuordnung der Geschlechterverhältnisse, 2006, S. 165-199.

V. Entfamilisierung und Elternvorrang

Jestaedt identifizierte eine Häufung der kindbezogenen, „ausdrücklich dem Kindesschutz gewidmeten Initiativen in der Politik“ in den Bereichen des Kinder- und Jugendhilferechts, des Kindschafts- und Sorgerechts, des Rechts im Schul- und Vorschulbereich und einer beschäftigungspolitisch motivierten „aktivierenden“ Kinderbetreuungspolitik, schließlich mit Blick auf das Grundgesetz (Forderung nach Kinderrechten in der Verfassung).[30] Im Folgenden sollen einige Beispiele für positiv wie negativ „entfamilisierende“ Politiken aufgelistet werden, die solche Tendenzen spiegeln. Einige erodieren zunächst das Ernährermodell bzw. sollen die möglichst kontinuierliche Erwerbsarbeit der Mutter fördern:

Beispiele für entfamilisierende Politik bzw. Erosion des Ernährermodells

Positiv:

2002 Einführung des Rechts auf Teilzeitarbeit und Einführung von Steuerfreibeträgen für Haushaltshilfe oder Kinderbetreuung,

2004 Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG); Fokus: Krippen und Tagesmütter für unter-3-Jährige, möglichst kostenlos,

2004 ALG II: kein Rückgriff auf Einkommen der Eltern oder Kinder der ALG II-Bezieher/innen; Aktivierung der nichterwerbstätigen Partner/in von ALG II-Bezieher/inne/n,

2005 Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz (KICK),

2007 Neuregelung der Elternzeit/des Elterngeldes als Lohnersatzleistung zur Förderung der Beschäftigungskontinuität.

Negativ:

2001 Reduzierung von abgeleiteten Ansprüchen, z.B. durch die Reform der Witwen- und Witwerrenten,

2004 SGB II/ALG II: Verschärfung von Arbeitspflicht und Zumutbarkeit für langzeitarbeitslose Eltern, auch Alleinerziehende; Absenkung der Leistungshöhe auf Existenzminimum,

---

[30] *Matthias Jestaedt*, Staatlicher Kindesschutz unter dem Grundgesetz – Aktuelle Kindesschutzmaßnahmen auf dem Prüfstand der Verfassung, in: Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, 2008, S. 5-18.

2007 „Stärkung der nachehelichen Eigenverantwortung“ durch Unterhaltsrechtsreform: Wegfall des Unterhalts für geschiedene, kurz verheiratete, insb. kinderlose Ehefrauen; Kürzung des Ehegattenunterhalts wegen Vorrangs aller Kinder des unterhaltspflichtigen Partners,

2008 Reform des familiengerichtlichen Verfahrens.

Geplant?

Gesundheitsreformen – Wegfall der beitragsfreien Mitversicherung nichterwerbstätiger Ehefrauen?

Ablösung des Ehegattensplittings?

Man kann wie der Familienrechtler *Schwab* die Unterhaltsrechtsreform im Zusammenhang mit anderen Regelungen, die die enge Verknüpfung von Familie und Ehe lockerten, indem sie das Kindeswohl in den Vordergrund rückten, sehen. Einen Auftakt dafür bildete ihm zufolge die Familienrechtsreform von 1979, die das Prinzip der „elterlichen Gewalt“ durch das der „elterlichen Sorge“ ersetzte, dabei das Gewicht von den Elternrechten weg hin zu den Pflichten verschob und insgesamt mit den Rechtsprechungen der 1990er Jahre das „Kindeswohl“ zum „Kernbestand der Rechts- und Sittenordnung“ rechnete.[31] Diese Rechtssetzung lässt sich soziologisch durchaus in Kategorien der fortschreitenden Entfamilisierung des Kindes interpretieren: Der sich seit längerem abzeichnende juristische und familienpolitische Fokus „Kind“, so berechtigt er in vielen Fällen sein mag, hat das Elternrecht geschwächt. Man kann über diese Aussage streiten, schließlich betonen die am Entwurf des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen beteiligten Sachverständigen, dieser führe *nicht* zu einer Verschiebung des Gleichgewichts zwischen elterlichen Rechten und Pflichten. Viele Jugendrechtler haben traditionell die nach wie vor bestehende „Familienorientierung“ des SGB VIII kritisiert, die sich im Fehlen von subjektiven Rechtsansprüchen der Kinder und Jugendlichen äußern soll. Andererseits existieren seit langem Tendenzen, Kindern und Jugendlichen im Rahmen der Jugendhilfe Rechtspositionen einzuräumen. Diese sollen, so eine verbreitete Forderung, auch ausgeschöpft werden.

Ich halte jedenfalls – sozusagen als Arbeitshypothese – an der Behauptung einer fortschreitenden Schwächung des Elternrechts fest und berufe mich dabei auf *Coester*, der diese Schwächung mit Verweis auf das Kindeswohlprin-

[31] *Peter Derleder*, Das Kindeswohl als Prinzip der Familiensteuerung, in: Uta Gerhardt/Stefan Hradil/Doris Lucke/Bernhard Nauck (Hrsg.), Familie der Zukunft, 1995, S. 230.

zip antizipierte:[32] Je anspruchsvoller das Kindeswohl, desto niedriger sei die „Schwelle für die staatliche Intervention in das elterliche Handeln" (ebd.). Denn nun ist „die Gesamtheit der kindlichen Lebensbedingungen" geschützt, die konkreten Lebensverhältnisse müssen deshalb gesellschaftlich/staatlich „unter Beachtung des maßgeblichen Erfahrungswissens vom Kind" geordnet werden. So lassen sich aktuelle Tendenzen einer sukzessiven Vorverlegung der Interventionsschwellen in die Elternerziehung ausmachen, auch dann, wenn eine Gefährdung noch nicht festgestellt, sondern allenfalls „konkret möglich" ist. *Coester* spricht hier von möglicher Gefährdung („Gefahr der Gefahr") und von „Gefährdung light".[33]

Die juristische Hinwendung zum Kind seit den 1970er Jahren wurde von der soziologischen Entdeckung des Kindes als kompetentem Akteur und den Eltern vergleichbar situiertem Ko-Konstrukteur der Familienwirklichkeit begleitet, was wiederum erläutern hilft, weshalb dem Kind nun eine von den Eltern unabhängige Stimme und Vertretung gegeben werden soll und die Idee, das Kind sei schicksalhaft in eine Familie hineingeboren, prekär geworden ist. Erst vor diesem Hintergrund ist die öffentliche Rede vom „Familienversagen" überhaupt möglich geworden; schließlich haben Familien immer schon und immer wieder versagt, auch gab es schon früher arme Kinder, ohne dass frühzeitige Prävention, early childhood education, verschärfte Eingriffe in die Familie und Kontrolle der elterlichen Betreuung und Erziehung eingefordert wurde. Noch 1972 hatte das Bundesverfassungsgericht eine „Zwangsbewirtschaftung des Begabungspotentials", wie sie heute immer häufiger im Interesse des Kindeswohls (Chancengleichheit) formuliert wird, als unzulässig erklärt. *Jestaedt* zitiert aus dem Urteil: Mit der Zuständigkeit der Eltern für (soziologisch formuliert) die soziale Platzierung qua Wahl des kindlichen Bildungsweges nimmt das Grundgesetz sogar in Kauf,

> *„daß das Kind durch einen Entschluß der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben betriebenen Begabtenauslese vielleicht vermieden werden könnten."* [34]

Der Artikel 6 II GG begründet den Elternvorrang, so *Jestaedt*, *„dass den Eltern das Wohl der Kinder in aller Regel mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person*

[32] *Michael Coester*, "Kindeswohl", in: Der Anwalt des Kindes. Protokolldienst 14/83 der Ev. Akademie Bad Boll, 1983, S. 60.

[33] *Michael Coester*, Inhalt und Funktion des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?, in: Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, 2008, S. 19 ff., 37.

[34] *Jestaedt* (Anm. 30), S. 14 f.

oder Institution“ [35]. Er geht von der Erwartung aus, dass *„das Ziel der Persönlichkeitsentfaltung am ehesten innerhalb der harmonischen Gemeinschaft mit Mutter und Vater erreicht werden kann“* (ebd.). Daher agierte der Staat als Ausfallbürge. Offensichtlich ging das Grundgesetz nicht vom Familienversagen aus. Demgegenüber werden heute Eltern häufig öffentlich als Gefährdungs- und Armutsrisiko für ihre Kinder dargestellt. So legt ja die Rede von der Kinderarmut jenseits jeder empirischen Analyse nahe, dass zwar Kinder, aber nicht deren Eltern arm sind, Eltern also nicht unbedingt mit den Kindern teilen. Mit diesem Verdacht gegenüber vermeintlich eigensüchtig handelnden Eltern wird auch begründet, weshalb es besser sei, in öffentliche Kinderbetreuung zu investieren als das Kindergeld zu erhöhen, da dieses nicht sicher beim Kind ankomme (eine häufig zu hörende Aussage, die Sinn und Zweck des Kindergeldes verkennt). Jedenfalls gibt es Anzeichen dafür, dass Teile der Politik und politiknahen Experten seit längerem der Versuchung eines „positiven“ Kindeswohl-Standards erlegen sind und ihre (vom Elternwillen durchaus getrennten) partikularen Bildungsziele verfolgen. Der medial verbreitete PISA-Schock, den im internationalen Vergleich nur (das keinesfalls mehr als viele andere gescheiterte) Deutschland durchlebt, hat hier geholfen. Was hilft nun, solche negativen Familiendiskurse, was den vonstatten gehenden Politikwechsel, den diese Diskurse begleiten, zu erklären? Der abschließende Abschnitt widmet sich diesen Fragen.

VI. Triebkräfte und Akteure des Wandels

Bisher liegen überwiegend beschreibende Darstellungen des jüngsten Wandels der deutschen Familienpolitik vor. Erklärungen werden, falls überhaupt, dann meist ad hoc vorgebracht. Ich will daher recht unsystematisch und sehr vorläufig mögliche sozialwissenschaftliche Erklärungsansätze für den Wandel der Familienpolitik vorstellen. Dabei lege ich das Gewicht vor allem auf einen (noch weiter zu entwickelnden) Ansatz, der geeignet sein könnte, ältere und neuere Überlegungen zum Aufstieg der „nicht gewählten“ politiknahen Mitentscheider[36] mit soziologischen Aussagen zum Informationsbedarf des mo-

[35] *Jestaedt* (Anm. 30), S. 13.

[36] *Peter Weingart*, Die Stunde der Wahrheit? Zum Verhältnis der Wissenschaft zu Politik, Wirtschaft und Medien in der Wissensgesellschaft, 2001; *Colin Crouch*, Coping with Post-Democracy, 2004; *Paul Pierson und Theda Skocpol*, Political Development and Contemporary American Politics, in: dies. (Hrsg.), The Transformation of American Politics. Activist Government and the Rise of Conservatism, 2007, S. 283-294; *Frank Vibert*, The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers, 2007.

dernen „verunsicherten" Bürgers, den *Riesman* [37] „außengelenkt" nannte, zu verbinden.

1. Neue Gelegenheiten für ältere Ideen und Vorbilder

Zunächst wäre einschränkend anzumerken, dass der Politikwechsel so radikal nicht ist, denkt man an die Zeit vor der deutschen Einheit und daran, dass ein entfamilisierender Umgang mit Kindern eine lange, wenn auch oft unterlegene deutsche Geschichte hat (ältere SPD-Traditionen bzw. Forderungen schon in den 1920er Jahren; DDR-Realität einer entfamilisierten institutionellen Kindheit). Über den Umweg Schweden und allgemeiner: die EU ist dieser Umgang legitimer geworden. Damit haben sich neue „Gelegenheitsfenster" (windows of opportunities) für alte Lösungsvorschläge geöffnet, was auch den affirmativen Bezug auf DDR-Familienpolitik in aktuellen regierungsnahen Schriften[38] erklären könnte.

2. Den Wandel erklären – die Rolle der Experten

Politikwechsel müssen nun, so ein Erklärungsansatz, in Situationen, in denen wegen ihrer Radikalität Widerstand oder zumindest Eigensinnigkeit der Betroffenen (die sich z.B. in einer nach wie vor großen Unterstützung eines wenn dann nur modifizierten Ernährermodells und des „Maternalismus" in Westdeutschland äußert) zu erwarten ist, auf eine Weise argumentativ, das heißt: mit Hilfe von ebenso griffigen wie zustimmungsfähigen Formeln, vermittelt werden, dass die Bürger die neue Politik recht bald nicht nur als notwendig, sondern auch als einzig angemessen erachten. Dies ist die Aufgabe von Politikunternehmern und politiknahen Wissensanbietern. Man kann deshalb aktuell die verschiedenen Veröffentlichungen des Bundesfamilienministeriums, z.B. den *Siebten Familienbericht* [39] oder die verschiedenen aufwendig gestalteten Ausgaben des *Monitor Familienforschung*, und die dort geprägten Formeln als Versuche einer *argumentativen Nachbereitung* und *ex post* Unterstützung der bereits getroffenen Entscheidung für einen Wechsel in der Familienpolitik in Richtung Entfamilisierung betrachten.[40]

---

[37] *David Riesman*, Die einsame Masse. Eine Untersuchung der Wandlungen des amerikanischen Charakters, 1958.

[38] Vgl. *OECD/DJI* (Anm. 26); auch *BMFSFJ*, Siebter Familienbericht. Zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit, 2006.

[39] *BMFSFJ* (Anm. 38).

[40] Vgl. *Ilona Ostner*, Sozialwissenschaftliche Expertise und Politik. Das Beispiel des Siebten Familienberichts, Zeitschrift für Soziologie 36 (2007), S. 385-390; *Knijn/Ostner* (Anm. 18).

Politiknahe Experten und ihre verbündeten Interessengruppen kommen bevorzugt in Zeiten ins Spiel, die neue Gelegenheiten dafür eröffnen, die Gesellschaft, ihre Institutionen und vor allem ihr Personal grundlegend zu reformieren. Die Nachfrage aktivistischer Regierungen nach Expertise und die Möglichkeit für politiknahe Experten, entworfene Lösungen auch umzusetzen, verführt dazu, sich der Gesellschaft als Therapeut, Planer und geistiger Führer oder Politikunternehmer anzutragen. Historisch betrachtet sind solche Gelegenheiten, eine „neue Architektur der Gesellschaft" oder „des Wohlfahrtsstaats" zu entwerfen und umzusetzen, nicht selten von Krisendiskursen begleitet und gestützt gewesen, an deren Formulierung wiederum oft Gesellschaftswissenschaftler beteiligt waren. „Sozialinvestition", „Nachhaltigkeit" oder „Familienfreundlichkeit" sind dann griffige Formeln der politischen Verkaufswerbung für das auf den Weg gebrachte familienpolitische Reformpaket. Dieses wurde wiederum u.a. von der fortdauernden Rede von der „Kinderarmut" und von Berichten über vielfältiges Familienversagen – „Risikofaktor Familie" – vorbereitet.

3. Den Wandel akzeptieren – „Außenlenkung" oder „Aufstieg des informierten Bürgers"

Hier ist nicht der Ort, den aktuellen Aufstieg der Politikunternehmer und politiknahen Wissensanbieter zu erklären. Der Politikwissenschaftler *Vibert*[41] will den Aufstieg der Sachverständigen – als (für ihn) vierte Säule der Demokratie – anders als z.B. *Pierson und Skocpol*,[42] die auf verändertes (nun „aktivistisches") Regierungshandeln verweisen – unter anderem durch die neue Figur des „informierten" Bürgers plausibilisieren.

> *„Today, informed citizens do not rely on conventional sources of authority but search out information for themselves and are more than ready to question those in traditional positions of authority if information or views are in conflict. People want to know about the sources of information, they want to see the information for themselves, they want to know what judgements the professionals make and while they may want to know the interpretations and judgements of those in traditional positions of authority, they also want to form their own judgements."* [43]

Vibert geht davon aus, dass die Bürger der Politik misstrauen, sich daher Rat bei vermeintlich politikfernen (*Vibert* hält diese Politikferne für möglich) Experten suchen wollen und auch sollen. Soziologisch betrachtet beschreibt er

[41] *Vibert* (Anm. 36).

[42] *Pierson/Skocpol* (Anm. 36).

[43] *Vibert* (Anm. 36), S. 93.

allerdings möglicherweise *nicht den informierten*, *sondern den verunsicherten, auf Informationen angewiesenen* Bürger. Mit ihm rechnet die Politik, wie ein Auszug aus dem vom Bundesfamilienministerium herausgegebenen *Monitor Familienforschung* nahe legt:

> *„Viele Eltern fühlen sich in der Erziehung ihrer Kinder verunsichert. Nicht selten fehlt es ihnen in vielen Erziehungsfragen selbst an Orientierung. Wir beobachten heute in diesem Bereich zunehmend Defizite. Häufig gibt es eine Ungewissheit darüber, wie Werte verankert sind und wer dafür verantwortlich ist. Eines ist ganz klar: Erziehung beginnt von Anfang an in der Familie. Ohne die Eltern geht gar nichts, aber wir können auch Kindergarten und Schule nicht aus dem Blick lassen, denn Kinder verbringen dort einen Großteil des Tages. Elternhaus, Kindergarten und Schule müssen Hand in Hand arbeiten. Deswegen müssen wir Mütter und Väter, aber auch Fachkräfte in ihrer Fähigkeit zur Erziehung stärken und Verantwortung von manchen Eltern auch einfordern. Der Staat (sic!) wiederum schafft Räume, in denen Eltern ihm ihre Kinder anvertrauen [...].“*[44]

Den verunsicherten Bürger glaubte der Soziologe David Riesman bereits in den 1950er Jahren in den USA als neuen Typus zu entdecken. Unter der Überschrift „Von der Erziehung der Kinder zur Erziehung der Eltern" schreibt Riesman, den Eltern fehle nicht nur die Selbstsicherheit des „erfolgreichen innengeleiteten" Typus, sondern auch die Rückzugsstrategie des „nichterfolgreichen" Innengeleiteten:

> *„Der Verlust alter Sicherheiten in der Arbeitswelt und in den menschlichen Beziehungen geht einher mit Zweifeln, wie sie ihre Kinder erziehen sollen. Auch fühlen sich die Eltern ihren Kindern nicht mehr überlegen. Die Kinder haben keinen […] wirtschaftlichen Nutzwert mehr […] sie sind knapper […] man bemüht sich jetzt – und dies ist auch objektiv möglich – alle empfangenen Kinder gewünscht zu haben […]" Das außen-geleitete Kind wisse oft mehr* (schon damals durch Medien! IO) *von der Wirklichkeit als seine Eltern […] auch die Eltern stellen sich auf die Steuerung durch die Medien ein. „Ihre Unsicherheit bei der Kindererziehung bringt sie dazu, sich in steigendem Maße Büchern, Zeitschriften ([…] usw.) zuzuwenden. Hier wird der bereits ängstlichen Mutter gesagt, daß sie auf ihre Kinder eingehen soll. Sie lernt, daß es keine problematischen Kinder, sondern nur problematische Eltern gibt; und sie lernt ferner, zunächst in ihre eigene Psyche hineinzusehen, wenn sie sich getrieben fühlt, ihren Kindern etwas zu verwehren" […] die Eltern ziehen sich […] auf der Persönlichkeit*

[44] *BMFSFJ*, Monitor Familienforschung, 2007, S. 25.

> *des Kindes angemessene Erziehungsmethoden zurück – auf die Beeinflussung mittels Argumentation. Das Kind antwortet darauf in der gleichen Weise […].“* [45]

Entfamilisierung „von oben“ geht durchaus mit der Überzeugung vieler Bürger, Eltern, Mütter und Väter einher, dass andere – z.B. Professionelle oder allgemeiner: der Staat – es besser können: Sie verlangt auch diese Überzeugung,[46] soll Entfamilisierung sich als Strategie durchsetzen. Hier öffnet sich das Gelegenheitsfenster für unterschiedliche und auch unterschiedlich mächtige (persuasive) Wissensanbieter, eben auch solche, die politiknah partikulare, z.B. berufliche Interessen vertreten. Für die Berufsgruppe der Sozialpädagogen bietet sich in der „early childhood education“ oder im Verfahrensbeistand eine neue Chance der Professionalisierung und des damit verbundenen Reputationsgewinns. Dies ist sicherlich auch ein Grund dafür, dass die Sozialpädagogen und sozialpädagogiknahen Kinder- und Jugendhilferechtler angesichts der Aufforderung zur Kooperation auf der eigenen Expertise und Autonomie gegenüber dem Familiengericht beharren.

Das Elternrecht des Grundgesetzes baut, wie bereits dargelegt, darauf, dass das Kindeswohl Herzensangelegenheit der Eltern ist und Eltern wissen, was für ihre Kinder gut ist. Um ihr Recht ausüben zu können, müssen die Eltern auch wissen, wie sie dieses Wohl am besten verfolgen können. Dieses elterliche Wissen schien den innen-geleiteten Eltern-Bürgern und in der Öffentlichkeit von Recht und Politik über lange Jahrzehnte fast fraglos gegeben zu sein. Seit einiger Zeit werden die Ausübung des Rechts wie auch die Erfüllung der Pflicht aber durch die geschilderten Verunsicherungen von innen und von außen, z.B. durch rhetorische Politiken oder rhetorische Projekte des „Elternversagens“, das der Hilfe von außen bedarf, beeinträchtigt. Die Eltern geben immer weniger vor, es besser zu wissen, obwohl durchaus davon ausgegangen werden kann, dass die Sensibilität der Eltern für das Wohl des Kindes stetig zugenommen hat. Dieses vermeintliche Unwissen – man könnte auch sagen: diese Erosion des lebensweltlichen (selbstverständlichen) Wissens – vergrößert nun den Raum für frühzeitigere Eingriffe des Staates in die Familien und hilft diese zu legitimieren.

Einleitend wurde die Gefährdung des Kindeswohls ein „problematisches Problem“ genannt und die Analogie vorgestellt, in der Eltern quasi Arbeitskräfte der Gesellschaft sind, die den Arbeitsgegenstand „Kind“ im Interesse des Arbeitgebers Gesellschaft bearbeiten sollen. In dieser Analogie sind Kinder zu einer von den Eltern unabhängigen „fremden“ Sache geworden, einer

[45] *Riesman* (Anm. 37), S. 63-66.

[46] So auch *Daly* (Anm. 23).

Angelegenheit der interessierten Gesellschaft. „Kindeswohlgefährdung", dieses „Familienversagen", entspricht dem „vergesellschafteten Kind" und bestimmt Problem und Problemlösung: Eltern kann ähnlich Arbeitskräften bei der Ausübung ihrer Arbeit nicht getraut werden, intelligente Formen der Kontrolle sind notwendig. Interessanterweise wird in der Kritik des Familienversagens und der falschen Analogie von Gesellschaft und privat- oder gemeinwirtschaftlichen Unternehmen das Problem von Markt- und Staatsversagen heruntergespielt. Denn fremde Arbeitsgegenstände sind Kinder für Lohnarbeitende (sei es am Markt oder beim Staat), nicht in der Familie. Die jüngsten Vorfälle in Bremen oder Wuppertal zeigen, dass sich das Principal-Agent-Problem auch, vielleicht sogar erst recht (wieder fehlt eine vergleichende Empirie) im Fall des berufsförmigen Verwaltungshandelns oder im Fall der lohnarbeitsmäßigen Erbringung der Kinderbetreuung stellt; dass man sich also auf die berufsmäßigen Kontrolleure und Betreuer (die Fremdbetreuung der fremden Sache) eben nicht verlassen kann. Das belegt auch die Flut der „total quality management"-Verfahren im Bereich personenbezogener Dienste. Dass dennoch heute in solch schiefen Analogien (Gesellschaft als Unternehmen, Eltern als dessen Lohnarbeiter) gedacht und gesprochen werden kann, ist auch der Verunsicherung der potentiellen und aktuellen Eltern geschuldet, die den Kindern vermehrt ratlos – eben befremdet – gegenüber stehen. Dies mag wiederum und vielleicht paradoxerweise eine Folge der größeren Sensibilität der Erwachsenen gegenüber dem kindlichen Individuum sein.

Die Neuregelungen zum gerichtlichen Hinwirken auf Einvernehmen und zum Vermittlungsverfahren des Gerichts nach dem FamFG-Entwurf

Heiko Wagner

I. Allgemeine Ausgangsposition

Eines der Ziele der FGG-Reform ist die Stärkung der konfliktvermeidenden und konfliktlösenden Elemente im Verfahrensrecht. Das familiengerichtliche Verfahren ist wie keine andere gerichtliche Auseinandersetzung von emotionalen Konflikten geprägt, die kaum justiziabel sind und einen maßgeblichen Einfluss auf das Streitpotenzial haben. Emotionale Nähe zwischen den Beteiligten führt aber auch zu negativen Auswirkungen auf die Durchführung des Verfahrens. Der Verfahrensgesetzgeber ist daher gehalten, ein geeignetes Instrumentarium zum Umgang und zur Lösung dieser vor allem emotional geprägten Konflikte bereitzustellen. Die Reform ist nicht nur auf das eigentliche Gerichtsverfahren beschränkt, sondern bezieht auch vorgerichtliche Lösungsmöglichkeiten ein.

Die Neukodifizierung hat daher bereits bestehende und neu entstandene Elemente zur:

- Förderung der gerichtlichen und außergerichtlichen Streitschlichtung,
- Beschleunigung von Umgangs- und Sorgerechtsverfahren (aus dem Cochemer Modell),
- Stärkung der Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte,
- wirkungsvolleren Durchsetzung von Umgangs- und Herausgaberegelungen,

- Verfahrensreduzierung durch hauptsacheunabhängigen einstweiligen Rechtsschutz,
- Erweiterung der Zuständigkeit des Familiengerichts

unmittelbar in das Verfahrensrecht integriert.

II. Einvernehmliche Konfliktlösung – konkrete rechtliche Ausgestaltung in Kindschaftssachen

§ 156 FamFG (Hinwirken auf Einvernehmen)[1]

(1) Das Gericht soll in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, ***wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht****. Es weist auf Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hin. Das Gericht soll in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit der Mediation oder der sonstigen außergerichtlichen Streitbeilegung hinweisen. Es kann anordnen, dass die Eltern an einer Beratung nach Satz 2 teilnehmen. Die Anordnung ist nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.*

(2) Erzielen die Beteiligten Einvernehmen über den Umgang ***oder die Herausgabe des Kindes****, ist die* ***einvernehmliche Regelung*** *als Vergleich aufzunehmen, wenn das Gericht diese billigt (gerichtlich gebilligter Vergleich). Das Gericht billigt die Umgangsregelung, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht.*

(3) Kann in Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, eine einvernehmliche Regelung im Termin nach § 155 Abs. 2 nicht erreicht werden, hat das Gericht mit den Beteiligten und dem Jugendamt den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erörtern. Wird die Teilnahme an einer Beratung oder eine schriftliche Begutachtung angeordnet, soll das Gericht in Kindschaftssachen, die das Umgangsrecht betreffen, den Umgang durch einstweilige Anordnung regeln ***oder ausschließen. Das Gericht soll das Kind vor dem Erlass einer einstweiligen Anordnung persönlich anhören****.*

[1] Gesetzestext i. d. F. der Beschlussempfehlung (BT-Drs. 16/9733).

Das Hinwirken des Gerichts auf Einvernehmen und das gerichtliche Vermittlungsverfahren (§ 156 und § 165 FamFG) haben im Wesentlichen die bisherigen Regelungsinhalte von FGG-Bestimmungen (§ 52 und § 52a FGG) übernommen und im Anwendungsbereich erweitert.

Als Neuregelung sind vorgesehen:

- die *gerichtliche Anordnung* zur Teilnahme der Eltern an einer Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung. Die Anordnung ist nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar;

- die *Kostenfolge* nach § 81 II Nr. 5 FamFG, wenn ein Beteiligter der richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung nicht nachgekommen ist, sofern er dies nicht genügend entschuldigt hat;

- der *gerichtlich gebilligte Vergleich* als dokumentiertes und vollstreckbares Ergebnis bei Einvernehmen in Fällen des Umgangs *und der Herausgabe des Kindes* (bisher nur im Vermittlungsverfahren zum Umgang nach § 52a FGG vorgesehen);

- keine zwingende *Aussetzung des Verfahrens* zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen (vielmehr gelten nur die allgemeinen Aussetzungsgründe);

- die *Verbindung zwischen Beschleunigung des Verfahrens und einvernehmlicher Konfliktlösung* nach § 156 III FamFG;

- *kein Hinwirken auf Einvernehmen*, wenn dies dem Kindeswohl widerspricht (z.B. bei häuslicher Gewalt).

Damit hat das Familiengericht die verbindliche Kompetenz, die Eltern zur Teilnahme an einer Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe zu verpflichten. Dies entspricht der Empfehlung des 16. Deutschen Familiengerichtstags.[2] Das Familiengericht kann somit reagieren, wenn es den Eltern im Termin nicht gelingt, Einvernehmen über die Regelung der sorge- und umgangsrechtlichen Fragen zu erreichen. Vor Erlass der Anordnung ist dem Jugendamt Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Aus Kostengründen und des noch nicht flächendeckenden Angebots wurde klarge-

[2] FamRZ 2005, S. 1962, 1964.

stellt, dass sich die Teilnahmeverpflichtung nicht auf ein Verfahren der Mediation oder der sonstigen außergerichtlichen Streitbeilegung erstreckt.

Im Einvernehmen mit dem Jugendamt ist festzulegen, bei welcher Beratungsstelle und binnen welcher Frist die Eltern sich beraten lassen sollen. Die Verpflichtung zur Beratung darf nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens führen. Von einer Aussetzung des Verfahrens soll aus diesem Grund abgesehen werden; die Vorschrift des bisherigen § 52 II FGG wurde daher nicht übernommen. Eine Aussetzung des Verfahrens kommt nur in bestimmten Fällen nach § 21 FamFG in Betracht. Die Anordnung ist als Zwischenentscheidung selbständig nicht anfechtbar. Zudem ist klargestellt, dass die Beratung nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar ist. Weigert sich ein Elternteil endgültig, an einer angeordneten Beratung teilzunehmen, oder verzögert er erkennbar die Durchführung der Beratung, ist die Sache mit den Beteiligten und dem Jugendamt kurzfristig erneut zu erörtern. Die Weigerung, an der Beratung teilzunehmen, führt zur vollständigen oder teilweisen Kostenauferlegung nach § 81 II Nr. 5 FamFG.

Die Regelung enthält eine gesetzliche Definition des gerichtlich gebilligten Vergleichs als Vollstreckungstitel nach § 86 I Nr. 2 FamFG. Im Unterschied zum bisherigen § 52a IV 3 FGG erstreckt sich der gerichtlich gebilligte Vergleich auf alle formell am Verfahren Beteiligten. Damit bedarf es auch der Zustimmung des Kindes und ggf. des Jugendamts oder des Verfahrensbeistands. Das Gericht billigt die einvernehmlich erzielte Regelung, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht. Die Regelung erweitert den Anwendungsbereich des Vergleiches nach § 36 FamFG auf das Umgangsrecht, das an sich nicht der Disposition der Beteiligten unterliegt. In Bezug auf die elterliche Sorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist ein gerichtlich gebilligter Vergleich ausgeschlossen, weil die Beteiligten hierüber nicht disponieren können. Insoweit gelten die Vorschriften des materiellen Rechts, das die Übertragungen der elterlichen Sorge auf einen Elternteil an eine gerichtliche Entscheidung und an bestimmte Voraussetzungen knüpft (§ 1671, § 1672 und § 1680 II, III BGB).

Anders verhält es sich bei Anträgen auf Herausgabe des Kindes. Über die Herausgabe des Kindes können die Beteiligten grundsätzlich disponieren. So kann ein Elternteil den Antrag des anderen Elternteils auf Herausgabe des Kindes „anerkennen“ oder eine Pflegeperson den Herausgabeanspruch der Eltern. Hier ist mithin Raum für einen gerichtlich gebilligten Vergleich.

In den nach § 155 I FamFG genannten Verfahren – mit Ausnahme der Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls – ist die Verpflichtung des Famili-

engerichts vorgesehen, mit den Beteiligten den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erörtern, um Verfahrensverzögerungen zu verhindern, die für das Kindeswohl abträgliche Situationen herbeiführen oder sogar „vollendete Tatsachen" schaffen können. Nach §§ 49, 51 I FamFG kann das Gericht – abweichend von den bisherigen ZPO-Bestimmungen – die einstweilige Anordnung von Amts wegen erlassen, sofern das Verfahren von Amts wegen betrieben wird. Die einstweilige Anordnung kann von einem Beteiligten nur in den Verfahren beantragt werden, in denen verfahrenseinleitende Anträge zu stellen sind (z. B. §§ 1632 III, 1671 BGB), nicht aber in Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet und betrieben werden können (z. B. §§ 1684 III 1, 1685 III BGB).

In umgangsrechtlichen Verfahren wird es insbesondere darum gehen, einer Entfremdung zwischen dem Kind und dem Umgangsberechtigten während der Dauer des Verfahrens entgegenzuwirken. Dabei soll das Gericht den Umgang vorläufig regeln, wenn es aufgrund einer Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung oder durch eine sachverständige Begutachtung zu einer unvermeidlichen Verfahrensverzögerung kommen wird. Diese Vorgabe wird unter Kindeswohlaspekten für erforderlich gehalten, da 37,6 % aller Verfahren über die Regelung des Umgangs länger als sechs Monate (2005) dauern. Wie bisher (§§ 620a III, 621g Satz 2 ZPO) soll vor dem Erlass einer einstweiligen Anordnung das Kind persönlich angehört werden, um sich einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen.

Zum Schutz des Kindes wurde ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen, dass das Gericht den Umgang im Wege der einstweiligen Anordnung auch vorläufig ausschließen kann. Dies ist bereits nach der Änderung von § 52 II FGG durch das zuvor beschlossene Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls[3] vorgesehen.

Ebenso floss in den ohnehin schon als Soll-Vorschrift formulierten Gesetzestext ein, dass ein Hinwirken auf Einvernehmen von vornherein nicht in Betracht kommt, wenn dies dem Kindeswohl widerspricht. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen die Situation des Kindes im Elternkonflikt eine gerichtliche Regelung zwingend erforderlich macht, die von den Eltern in eigener Verantwortung nicht oder nicht ausreichend klar erreicht werden kann. Hier kommen insbesondere Fälle der Traumatisierung des Kindes nach erlebter häuslicher Gewalt in Betracht.

[3] BGBl. I, S. 1188.

III. Vermittlungsverfahren – konkrete rechtliche Ausgestaltung in Kindschaftssachen

§ 165 FamFG (Vermittlungsverfahren)[4]

(1) Macht ein Elternteil geltend, dass der andere Elternteil die Durchführung einer gerichtlichen Entscheidung oder eines gerichtlich gebilligten Vergleichs über den Umgang mit dem gemeinschaftlichen Kind vereitelt oder erschwert, vermittelt das Gericht auf Antrag eines Elternteils zwischen den Eltern. Das Gericht kann die Vermittlung ablehnen, wenn bereits ein Vermittlungsverfahren oder eine anschließende außergerichtliche Beratung erfolglos geblieben ist.

(2) Das Gericht lädt die Eltern unverzüglich zu einem Vermittlungstermin. Zu diesem Termin ordnet das Gericht das persönliche Erscheinen der Eltern an. In der Ladung weist das Gericht darauf hin, welche Rechtsfolgen ein erfolgloses Vermittlungsverfahren nach Absatz 5 haben kann. In geeigneten Fällen lädt das Gericht auch das Jugendamt zu dem Termin.

(3) In dem Termin erörtert das Gericht mit den Eltern, welche Folgen das Unterbleiben des Umgangs für das Wohl des Kindes haben kann. Es weist auf die Rechtsfolgen hin, die sich ergeben können, wenn der Umgang vereitelt oder erschwert wird, insbesondere darauf, dass Ordnungsmittel verhängt werden können oder die elterliche Sorge eingeschränkt oder entzogen werden kann. Es weist die Eltern auf die bestehenden Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe hin.

(4) Das Gericht soll darauf hinwirken, dass die Eltern Einvernehmen über die Ausübung des Umgangs erzielen. Kommt ein gerichtlich gebilligter Vergleich zustande, tritt dieser an die Stelle der bisherigen Regelung. Wird ein Einvernehmen nicht erzielt, sind die Streitpunkte im Vermerk festzuhalten.

(5) Wird weder eine einvernehmliche Regelung des Umgangs noch Einvernehmen über eine nachfolgende Inanspruchnahme außergerichtlicher Beratung erreicht oder erscheint mindestens ein Elternteil in dem Vermittlungstermin nicht, stellt das Gericht durch nicht anfechtbaren Beschluss fest, dass das Vermittlungsverfahren erfolglos geblieben ist. In diesem Fall prüft das Gericht, ob Ordnungsmittel ergriffen, Änderungen der Umgangsregelung vorgenommen oder Maßnahmen in Bezug auf die Sorge ergriffen werden sollen. Wird ein entsprechendes Verfahren von Amts wegen oder auf einen binnen eines Monats gestellten Antrag eines Elternteils eingeleitet, werden die Kosten des Vermittlungsverfahrens als Teil der Kosten des anschließenden Verfahrens behandelt.

[4] Gesetzestext i.d.F. der Beschlussempfehlung (BT Drs. 16/9733).

Die Vorschrift übernimmt und erweitert das Vermittlungsverfahren nach § 52a FGG und passt die Vorschrift an einigen Stellen der durch das FamFG veränderten Rechtslage an.

Das Vermittlungsverfahren ist nunmehr auch dann durchführbar, wenn eine Regelung über den Umgang vereitelt oder erschwert wird, die die Eltern durch *Vergleich* getroffen haben. Diese Fälle werden der gerichtlichen Entscheidung über den Umgang gleichgestellt. Das Vermittlungsverfahren ist besonders Erfolg versprechend, wenn sich die Eltern zu einem früheren Zeitpunkt bereits über die Durchführung des Umgangs geeinigt hatten. Damit dem Kind eine Vollstreckung der Umgangsregelung mit Zwangsmitteln erspart bleibt, soll das Gericht auf Antrag eines Elternteils auch zur Einhaltung einer einvernehmlichen Umgangsregelung vermitteln.

Die Vorschrift wurde an die Einführung von *Ordnungsmitteln* zur Vollstreckung von Umgangsentscheidungen (§ 89 FamFG) und an die Vorschrift über den *Terminsvermerk* (§ 28 IV FamFG) angepasst. Der bisher in § 52a FGG vorgesehene gerichtlich gebilligte Vergleich ist richtigerweise in die Regelung zum gerichtlichen Hinwirken auf Einvernehmen (§ 156 FamFG) verortet worden. Dies schließt jedoch nicht aus, dass auch im Vermittlungsverfahren vom Gericht auf Einvernehmen hingewirkt wird und ein gerichtlich gebilligter Vergleich das Ergebnis der Vermittlung ist. Die Formulierung lässt aber auch andere Ergebnisse der Vermittlung zu und übernimmt die verfahrensrechtlichen Konsequenzen beim Scheitern der Vermittlung wie bisher in § 52a V FGG.

Die Regelung ist insgesamt trotz einer sprachlichen Straffung überaus detailliert und regelt teilweise Selbstverständlichkeiten. Die Formulierung, wonach nunmehr die Ladung zum Vermittlungstermin „unverzüglich“ zu erfolgen hat (bisher in § 52a II FGG: „alsbald“), suggeriert eine an sich nicht gewollte Verschärfung der Pflichten des Gerichts.

Einvernehmliche Konfliktlösungen und Vermittlungsverfahren Anmerkungen aus anwaltlicher Sicht

Ingeborg Rakete-Dombek

Die Reformziele des Entwurfs sowie der bereits am 12. Juli 2008 in Kraft getretenen vorgezogenen Regelungen im KiWoMaG[1] sind:

- vorrangige und beschleunigte Erledigung von Kindschaftssachen,
- Hilfegespräch bei Kindeswohlgefährdung,
- bessere Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Kindes,
- erweiterte Beteiligung von Pflegepersonen im Verfahren,
- effektivere Vollstreckung von Sorge- und Umgangsentscheidungen,
- erleichterte Bestellung eines Umgangspflegers,
- Schaffung eines „Großen Familiengerichts".

[1] Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BGBl. I, S. 1188.

I. Neue Sprachregelungen

Zunächst enthält der FamFG-Entwurf einige neue Sprachregelungen.

Derzeit	**Künftig**
ZPO/FGG	FamFG
Kläger	Antragsteller
Beklagter	Antragsgegner
Klage	Antrag
Partei	Beteiligter
Prozess	Verfahren
Prozesskostenhilfe	Verfahrenskostenhilfe (VKH)
Rechtsstreit	Verfahren
Urteil	Beschluss
Verfahrenspfleger	Verfahrensbeistand

Nun kann eine sprachliche Überarbeitung der Begriffe Inhalte, Verfahrens- und Verhaltensweisen noch nicht nachhaltig ändern. Aber: Die Sprache bringt immer auch einiges an den Tag. Beispielsweise ist der Wegfall der Begriffe „Streit" und „Prozess" im Familienverfahren zu begrüßen. Allerdings sagt das noch nichts darüber aus, dass kein Streit bestehen würde oder das Verfahren etwa von prozessualen Regeln abgekoppelt wäre. Schön wäre es sogar gewesen, wenn die „Beteiligten" nicht mehr als Antragsteller und Antragsgegner bezeichnet würden, sondern als Vater und Mutter[2], Ehemann und Ehefrau, etc., also ihrer Rolle im Verfahren entsprechend und unter Wegfall der „Gegnerbezeichnung". Die neuen Bezeichnungen legen Verfahrensrollen weiterhin auf eine Gegnerschaft fest und, wenn man den Entwurf weiter betrachtet, stehen die Gegnerschaft und deren Beseitigung allerdings in dessen Vordergrund.

---

[2] Die Bezeichnung „Kindesmutter" oder „Kindesvater" erscheint mir persönlich völlig überflüssig. Was sollen diese Elternteile denn sonst sein? Katzenmutter und Katzenvater?

II. Vorrang- und Beschleunigungsgebot, § 50e FGG, § 155 FamFG

Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot des § 50e FGG ist bereits am 12. Juli 2008 in Kraft getreten.[3] Es ist damit bereits vor der FGG-Reform wirksam geworden. Der Gesetzgeber hat damit Regelungen aus dem Entwurf bereits vorgezogen. § 155 FamFG wird flankiert durch § 156 FamFG: „Hinwirken auf Einvernehmen". Danach soll das Familiengericht gegenüber den Eltern anordnen können, dass diese eine Information über Beratungsmöglichkeiten in Anspruch zu nehmen haben (§ 156 I 4 FamFG). Dies soll zwar nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar sein (§ 156 I 5 FamFG), die Weigerung eines Elternteils soll aber bei der Kostenentscheidung Berücksichtigung finden (§ 81 II Nr. 5 FamFG), da es sich um eine Obliegenheitsverletzung handelt.

Im frühen Anhörungstermin sind die Gerichte auf ihre persönliche, rechtlich nur bedingt gestützte Autorität angewiesen, wenn sie die Inanspruchnahme von Beratung bewerben.[4] Insbesondere dann, wenn die streitenden Beteiligten keine Beratung, sondern eine gerichtliche Entscheidung beanspruchen, wird es entscheidend auf die Überzeugungs-, aber auch die Entscheidungskraft des Gerichts ankommen. Letzteres wird in diesem Zusammenhang allerdings weit unterschätzt, scheint mir.

Der Beschleunigungsgrundsatz kann zwar das Einvernehmen fördern, da schnelle Termine eine Verhärtung der Positionen vermeiden können. Andererseits sollte auch dem Grundsatz der „Entschleunigung" Rechnung getragen werden. Einigungen bedürfen ihre Zeit und vor allem einen emotionalen Abstand zum (kränkenden) Trennungsgeschehen. Die Beschleunigung könnte in der Praxis allerdings sowieso dazu führen, dass zwar ein schneller erster Termin anberaumt wird, sodann die Beteiligten aber den einschlägigen Beratungsstellen oder dem Jugendamt zur „Weiterbehandlung" überantwortet werden. Zu einer Entscheidung wird es daher i.d.R. nicht schneller als bisher auch kommen.

---

[3] Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BGBl. I, S. 1188.

[4] *Thomas Meysen,* Familiengerichtliche Anordnung von Maßnahmen nach § 1666 BGB und Entscheidungskompetenz des Jugendamts – Aus Perspektive der Jugendhilfe –, in: Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege, 2008, S. 75 ff.

III. § 630 ZPO wird abgeschafft (Art. 29 Nr. 15 FGG-RG)

§ 630 ZPO ist in den Entwurf eines neuen umfassenden Familienverfahrensrechts[5] nicht aufgenommen worden. Das bedauern nicht nur die Notare.[6] Es soll gem. § 133 II FamFG lediglich im Ehescheidungsantrag mitgeteilt werden, ob über die Folgesachen des bisherigen § 630 ZPO eine Einigung erfolgt ist.[7] Eine besondere Förderung von vorgerichtlichen Einigungen ist – auch zur Ersparung gerichtlicher Ressourcen – daraus nicht ersichtlich. Offenbar soll § 133 II FamFG lediglich als „Erinnerungsposten" dienen, dessen inhaltliche Ausfüllung allerdings im Dunkeln bleibt. Es ist daher zu fragen, ob die teilweise schon durch das KiWoMaG eingeführten Einigungs- und Beschleunigungsnormen (§§ 50e, 50f FGG) – ausschließlich bezogen auf den gerichtlichen Bereich – geeignet sind, das Ziel des Gesetzgebers zu fördern.

Als Voraussetzung für eine Ehescheidung ist nur noch der Ablauf des Trennungsjahres und eine beiderseitige Zustimmung erforderlich. Ein Vortrag zur Zerrüttung der Ehe entfällt damit. Zukünftig ist damit keine Verknüpfung des Verfahrensrechts mit dem materiellen Scheidungsrecht mehr vorhanden. Sinn des § 630 ZPO war es seinerzeit, eine Seriositätskontrolle des einvernehmlichen Ehescheidungswunsches materiell zu implementieren und den Ehegatten die Konsequenzen ihres Scheidungsbegehrens vor Augen zu führen.[8]

Die wesentlichen Elemente des § 630 ZPO finden sich nun in § 133 FamFG lediglich als Voraussetzung des Inhaltes der Antragsschrift wieder. Ob die Erwartung des Gesetzgebers aufgeht,[9] darf bezweifelt werden.

---

[5] Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 23.06.2008, BT-Drs. 16/9733.

[6] *Christof Münch*, Plädoyer für eine einvernehmliche Scheidung mit Einigung über die Scheidungsfolgen, FamRB 2008, 251; vgl. die Stellungnahmen in der Anhörung des Rechtsausschusses am 13.2.2008, http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/ anhoerungen/30_FGG_Teil_II/04_Stellungnahmen/index.html;

[7] § 133 FamFG, Voraussetzung des Inhaltes der Antragsschrift.

[8] *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen,* Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 27 Rn. 30.

[9] Vgl. Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 16/9733: „Hierdurch sollen die Eheleute veranlasst werden, sich vor Einleitung des Scheidungsverfahrens über die bedeutsamen Scheidungsfolgen Klarheit zu verschaffen. Das Gericht kann dann bereits zu Beginn des Verfahrens feststellen, ob und in welchem Ausmaß über die genannten Punkte Streit besteht und den Ehegatten gezielte Hinweise auf entsprechende Beratungsmöglichkeiten erteilen, um zu einer möglichst ausgewogenen Scheidungsfolgenregelung im Kindesinteresse und im Interesse eines wirtschaftlich schwächeren Ehepartners beizutragen."

Zu vermuten ist allerdings, dass eine von den Ehegatten gemeinsam außergerichtlich erarbeitete Scheidungsfolgenregelung – insbesondere im Hinblick auf die Belange der Kinder – in der Regel tragfähiger ist, als gerichtlich angeordnete Scheidungsfolgen oder das Ergebnis gerichtlich verordneter Einigungsbemühungen unter dem Druck eines laufenden Verfahrens.[10] Das nun bevorstehende Ehescheidungsverfahren wird daher bereits als „Scheidung ultra-light“ bezeichnet. Da das bloße Einvernehmen (in den Folgen unüberprüft) der Eheleute nach Ablauf eines Trennungsjahres für den Ausspruch der Scheidung ausreichend sein wird, beschreitet das Gesetz den Weg hin zu einer Konsensualscheidung.[11] Dies sei jedoch nicht offengelegt. Einen auf diesen Weg führenden Wandel der Gesellschaft habe der Gesetzgeber nicht dargelegt. Mit der Zustimmung zur „Ehescheidung ultra-light“ wird der Ehegatte Rechtsfolgen auslösen, die er nicht überblickt und über die er nicht beraten wurde. Gleichzeitig umgehen die Gerichte damit die ihnen auferlegte Inhaltskontrolle auch von Scheidungsfolgenvereinbarungen, die nicht vorgelegt werden müssen.[12]

Die rechtliche Hülle wird also leicht beseitigt, der Inhalt der Einigung und des Einvernehmens – auch über die Kinder – bleibt dabei unüberprüft. Die Chance, anlässlich des Ehescheidungsverfahrens Regelungen für die nacheheliche Zeit zu treffen und diese auch zu prüfen, wird damit vertan. Es ist nicht zu hoffen, dass der Gesetzgeber hierbei darauf spekuliert hat, dass eine Inanspruchnahme der Gerichte nach Rechtskraft der Scheidung schon wegen einer zwischenzeitlich erfolgten Verjährung (Zugewinn) oder Verwirkung (Kindes- und Ehegattenunterhalt) mangels Beratung unterbleibt und hierdurch die Belastung der Gerichte wegen der verbreiteten Unkenntnis der Beteiligten von ihren Rechten abnimmt.

IV. § 135 FamFG: Außergerichtliche Streitbeilegung über Folgesachen, Obliegenheit zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch

Der Entwurf operiert gegenüber Eltern und Beteiligten nach dem Prinzip „Zuckerbrot und Peitsche“[13], man könnte auch sagen: „Und bist Du nicht willig, so brauch ich Gewalt“[14].

---

[10] *Münch* (Anm. 6), S. 251.

[11] *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Anm. 8).

[12] *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Anm. 8).

[13] Eine Redewendung, die eine Form der Einflussnahme auf andere Personen oder Organisationen umschreibt. Übersetzt kann das z.B. heißen: „*Gehorche mir und ich werde dir Gutes*

Das Verfahren bleibt damit einigungs- und vermittlungslastig statt auf eine gerichtliche Entscheidung ausgelegt, die durch derartige Bemühungen keineswegs überflüssig wird. Eine Einigung unter der Androhung einer Kostenfolge für den Fall der Nichtwahrnehmung der Information bedeutet eine Einigung unter Druck. Das ist insbesondere in Kindschaftssachen unangemessen.

Die Anordnung der Beratung (einzeln oder gemeinsam) sowie die Obliegenheit zur Teilnahme unter gleichzeitiger Androhung nachteiliger Kostenfolgen – auch hinsichtlich anhängiger Folgesachen – liegt zwar im freien richterlichen Ermessen. Das Gericht hat also die Zumutbarkeit im Einzelfall durchaus zu prüfen. Ob die Ehegatten nach dem (kostenfreien) Informationsgespräch die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung nutzen, steht ihnen frei. Sinn und Zweck der Vorschrift sind unklar, es sei denn, sie soll dazu dienen, den „Einigungs-Verweigerer" auszumachen. Es wird für Eltern oder Ehegatten schwierig sein, derartige Anordnungen – aus durchaus guten Gründen – nicht zu befolgen, da sie befürchten müssen, dass dieses Verhalten, mag es auch noch so einleuchtend sein, nachteilige Folgen nicht nur in Bezug auf die Kosten haben kann, sondern auch auf ihre Aussichten im Hinblick auf das Ergebnis des Verfahrens.

V. § 137 FamFG: Zweiwochenfrist

Mit der neu eingeführten Frist von zwei Wochen in § 137 FamFG, wonach Folgesachen nur dann im Verbund mit der Ehescheidung zu entscheiden sind, wenn die Familiensache *spätestens zwei Wochen* vor der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache von einem Ehegatten anhängig gemacht wird, könnten sich positive Einigungsergebnisse ergeben, allerdings auch praktische Probleme.

Nach § 137 III FamFG gilt dies nicht für Kindschaftssachen, da diese noch bis zum Schluss der ersten mündlichen Verhandlung in der Ehescheidungssache in den Verbund eingebracht werden können. Dies trägt zum einen der Problematik Rechnung, dass ein Konflikt wegen der Kinder auch noch am Tag der Ehescheidung aufflammen kann. Gleichzeitig entfällt damit aber der Zwang, sich über die Kindschaftssache – falls es Konflikte schon seit längerer Zeit geben sollte – bis mindestens zwei Wochen vor dem Scheidungstermin zu

---

tun; widersetzt du dich mir, dann wird dir Böses widerfahren." Das entscheidende Moment dabei ist, dass die manipulative Einflussnahme aus taktischen Gründen *sowohl* in angenehmer *als auch* in unangenehmer Weise für den Betroffenen erfolgt. Die inhaltliche Betonung der Methode liegt auf dem *und*: http://de.wikipedia.org/.

[14] Johann Wolfgang Goethe, Der Erlkönig.

einigen, oder aber die Entscheidung zu treffen, den Konflikt dem Gericht zur Entscheidung vorzulegen.

Allerdings fragt sich, was aus der Zweiwochenfrist wird, wenn die Ladung zum ersten Termin zwei Wochen vor dem Termin erst eintrifft. Dies kann durchaus häufig der Fall sein, da die Terminierung allein von dem Terminstand des einzelnen Richters abhängt. Manche sind schnell, andere langsam. Die Ladungsfrist für den ersten Termin in einer Scheidungssache müsste daher flankierend zu der Vorschrift des § 137 FamFG wohl auf vier Wochen verlängert werden, um den Beteiligten die Vorteile des Verbundverfahrens zu erhalten. Es ist weiter davon auszugehen, dass Verlegungsanträge für den Fall, dass außergerichtliche Verhandlungen über eine Einigung noch nicht gescheitert sein sollten, werden sich häufen. Allerdings führt der Terminsdruck schon jetzt erfahrungsgemäß zu einer erhöhten Einigungsbereitschaft im Hinblick auf den nahen Scheidungstermin.

VI. § 156 I 1 FamFG: Hinwirken auf Einvernehmen

Der Rechtsausschuss hat in den Text der Vorschrift neu aufgenommen, dass kein Hinwirken auf ein Einvernehmen erfolgen soll, wenn dies dem Kindeswohl widerspricht. Die Prüfung des Kindeswohls bei erstrebten Einigungen der Eltern ist schon deshalb selten, weil die Eltern streiten und nicht das Kind. Einigungen erfolgen daher i.d.R. eltern-, nicht kindbezogen. Ob die Erwähnung des Kindeswohls dies ändert, bleibt abzuwarten. Es ist jedoch ein Irrtum zu glauben, dass alleine eine schnelle Beendigung eines Streits schon dem Kindeswohl dienen könnte. Ebenso wie es umgekehrt ein Irrtum ist, jeden Streit der Eltern als Kindeswohlgefährdung anzusehen und den Eltern deshalb mit dem Entzug der elterliche Sorge zu drohen, nur damit sie mit dem Streiten aufhören.

Der BGH hat entschieden, dass zwar schon aufgrund des „ethischen Vorrangs“, der dem Idealbild einer von beiden Elternteilen auch nach ihrer Trennung verantwortungsbewusst im Kindesinteresse ausgeübten gemeinschaftlichen elterlichen Sorge einzuräumen ist, eine Verpflichtung der Eltern zum Konsens nicht zu bestreiten sei.[15] Die bloße Pflicht zur Konsensfindung vermag indessen eine tatsächlich nicht bestehende Verständigungsmöglichkeit nicht zu ersetzen. Denn nicht schon das Bestehen der Pflicht allein ist dem Kindeswohl dienlich, sondern erst die tatsächliche Pflichterfüllung, die sich in der Realität eben nicht verordnen lässt.

[15] BGH FamRZ 2008, S. 592.

Derartige, durchaus naheliegende Bedenken gegen eine Einigungspflicht, lässt der Entwurf allenthalben vermissen.

VII. § 50f FGG n.F., § 157 FamFG: Erörterung der Kindeswohlgefährdung

Dieses „Erziehungsgespräch“ wird durchaus kritisch gesehen. Zwar wird behauptet, dass das Gericht mehr Autorität als das Jugendamt besitze und es deswegen wichtiger sei, wenn das Gericht seinen drohenden Zeigefinger hebt. Selbst wenn es aber so wäre, sollte man gut überlegen, ob man das Gericht wirklich über das hinaus, was jetzt schon praktiziert wird, zum „Obererzieher“ machen sollte. Es könnte nämlich sein, dass es auf diesem Weg gerade seine Autorität einbüßt. Hinzu kommt, dass es eigentlich keine vorrangige Aufgabe der Justiz ist, pädagogische Gespräche mit zerstrittenen Eltern zu führen – wofür Richter nicht ausgebildet sind –, sondern zu entscheiden. Zu den Aufgaben der Justiz mag es noch gehören zu vermitteln, aber sicher nicht, die Eltern „zu bearbeiten“. In dem Erziehungsgespräch des Gerichts ist eine Maßnahme zu sehen, die in die Nähe der Überschreitung der Grenze zur Gewaltenteilung rückt.[16]

VIII. § 89 FamFG: Ordnungsgeld statt Zwangsgeld

Die durch den Rechtsausschuss formulierte Neufassung ersetzt das Wort „soll“ durch „kann“. Damit ist ein weiteres Ermessen vor der Verhängung von Ordnungsmaßnahmen zumindest eröffnet. Im Lichte der Entscheidung des BVerfG[17] bleibt nun aber zu prüfen, was im Hinblick auf Umgangspflichten des Betreuungselternteils, aber auch des Kindes selbst gilt. Wenn der betreuende Elternteil sich mit beachtlichen Gründen wegen eines entgegenstehenden Willens des Kindes im Vollstreckungsverfahren gegen die Verhängung eines Ordnungsgeldes oder sogar der Ordnungshaft wehrt, hat nun wohl richtigerweise eine gesonderte Kindeswohlprüfung und auch eine Prüfung des Kindeswillens[18] noch zu erfolgen, um nicht eine unausweichliche Pflicht zum Umgang für das Kind, die durch den betreuenden Elternteil erzwungen werden muss, durchzusetzen. Es fragt sich daher durchaus, ob die Vorannahme

---

[16] *Helga Oberloskamp*, Das Jugendamt zwischen Hilfe und Kontrolle – neue Herausforderung für die Jugendhilfe?, in: Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege, 2008, S. 45, 59.

[17] BVerfG FamRZ 2008, S. 845.

[18] BVerfG FamRZ 2008, S. 1737.

des § 1626 III 1 BGB – neben seiner Systemwidrigkeit[19] – wirklich richtig ist, bzw. dessen Wortlaut „in der Regel dem Kindeswohl dient“ geeignet ist, eine Kindeswohlgefährdung anzunehmen, wenn Umgang nicht stattfindet, oder hierüber auch nur gestritten wird.

IX. § 158 IV FamFG: Aufgaben des Verfahrensbeistands

Die Mitwirkung an dem Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung ist für den Verfahrensbeistand nun erheblich zurückgedrängt worden. Es bestanden zwar von vornherein Zweifel daran, ob Verfahrensbeistände in der Lage sind, derartige Aufgaben zu übernehmen. In der Neufassung der Vorschrift soll dies nun aber nur dann erfolgen können, wenn eine konkrete Bestellung im Hinblick auf diesen Aufgabenbereich vorgenommen wurde. Mit dieser Beauftragung ist allerdings ein erhöhter Pauschalvergütungssatz verbunden. Vermutet wird deshalb, dass dieser Aufgabenbereich damit „gestorben“ sei. Ob Verfahrensbeistände, deren Qualifikation häufig nicht feststeht, über ausreichende Kompetenz insoweit verfügen, darf daneben jedenfalls bezweifelt werden.

Die Sicht des Kindes im Konflikt der Eltern zur Sprache zu bringen, sollte vorrangige Aufgabe des Verfahrensbeistandes bleiben, nicht eine Vermittlung unter den Eltern. Allerdings sollte die Auswahl und Bestellung sowie die Aufhebung der Bestellung eines Verfahrensbeistandes isoliert anfechtbar sein. Die bisherige Rechtsprechung und deren Übernahme in den Entwurf begegnet in der Bevölkerung heftigem Unverständnis und erheblicher Gegenwehr, die dem Auftrag des Verfahrensbeistandes nicht förderlich ist.

X. Neufassung § 1684 III BGB und § 1685 III BGB durch Art. 50 FGG-RG: Umgangspflegschaft

An § 1684 III BGB werden nun weitere Anordnungsmöglichkeiten angefügt: Wird die Pflicht aus § 1684 II BGB dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt, kann das Familiengericht auch eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs anordnen (Umgangspflegschaft). Die Umgangspflegschaft umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. In § 1685 III BGB wird angefügt: Eine Umgangspflegschaft nach § 1684 III 3 -5 BGB kann das Familiengericht nur anordnen, wenn die Voraussetzungen

[19] *Uwe Diederichsen*, Die Reform des Kindschafts- und Beistandsrechts, NJW 1998, S. 1977.

des § 1666 I BGB erfüllt sind. Die Umgangspflegschaft und damit ein Teilentzug der elterlichen Sorge gem. § 1666 I BGB wird hierdurch in das Gesetz implantiert und ist damit nicht mehr eine Figur der Rechtsprechung. Das ist durchaus ein Vorteil.

Der Nachteil ist, dass einige Gerichte der Auffassung sind, dass allein der Streit der Eltern über den Umgang bereits eine Kindeswohlgefährdung darstellt, die Anordnung einer Umgangspflegschaft also davon abhängt, inwieweit das Gericht überhaupt willens ist, Gründe für eine Aussetzung des Umgangs zu erwägen und zu prüfen. Diese Prüfung hätte aber sowohl hinsichtlich des Kindeswohls, als auch des Kindeswillens und der evtl. einem Umgang entgegenstehenden Gründe zu erfolgen. Unter Berücksichtigung dieser bei Anhängern des Cochemer Modells verbreiteten Auffassung ist die Schwelle für die Anordnung einer Umgangspflegschaft allerdings denkbar gering. Die Drohung mit dem Sorgerechtsentzug ist bereits jetzt in den Gerichtssälen allgegenwärtig, um den Umgangsstreit abzukürzen und eine Einigung zu erzwingen und erfährt durch diese Änderung des Gesetzes noch eine erhebliche Unterstützung.

XI. § 52 III FGG n.F.[20]

Gem. § 52 III FGG n.F. hat das Familiengericht die Möglichkeit, trotz Aussetzung des Verfahrens eine einstweilige Anordnung zu erlassen. Nach § 52 III Halbsatz 2 FGG n.F. soll in Verfahren, die den Umgang des Kindes betreffen, eine einstweilige Anordnung ergehen. Die vom Rechtsausschuss eingefügte Ergänzung stellt klar, dass Inhalt der einstweiligen Anordnung auch ein Umgangsausschluss sein kann. Nach meiner Erfahrung ist diese Aufgabe im Zusammenhang mit dem frühen Termin unverzichtbar, da andernfalls vollendete Tatsachen – wie bisher – alleine durch Zeitablauf geschaffen werden können und eine Kindeswohlgefährdung oder aber andere gravierende Verstöße gegen das Kindeswohl im Zusammenhang mit der Trennung der Eltern nicht frühzeitig erkannt werden. Die Autorität des Gerichts gebietet es daher, auch schnelle Folgerungen aus seinen im Termin gewonnenen Erkenntnissen zu ziehen, und zum Schutz der Kinder das Notwendige ggf. sofort zu veranlassen.

[20] Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (Anm. 1).

XII. § 163 FamFG: Begutachtung oder Erzielung des Einvernehmens, Frist für den Sachverständigen

Hinsichtlich der Rollenproblematik für den Sachverständigen und des Wechsels der Rolle zwischen Begutachtung und Einvernehmensbemühungen kann ich hier vollinhaltlich die Bedenken von *Salzgeber*[21] unterstützen. Die Gerichte müssen sich daher bereits bei der Formulierung ihres Gutachtenauftrags darüber im Klaren sein, was gewollt ist und dies berücksichtigen und klarstellen. Dies gilt vor allem für die Reihenfolge der „Rollen", in denen der Sachverständige tätig werden soll.

Aus Sicht der Mandanten stellt sich die Lage noch weitaus schwieriger dar, da die Frage, ob man an derartigen Einigungsbemühungen bereit ist mitzuwirken oder aber eine „klassische" Begutachtung bevorzugt, jeweils nachteilig ausgelegt werden kann. Die Befangenheit des Sachverständigen, der, sofern seine Bemühungen scheitern, den Elternteil, der dies aus seiner Sicht verursacht hat, als denjenigen diffamiert, der nicht kindeswohlentsprechend agiert, wird nun häufiger zum Thema im Gerichtsverfahren werden. Sachverständigengutachten werden schon heute – völlig berechtigt – fachlich überprüft. Dies dürfte bei dieser Gesetzeslage zukünftig noch häufiger der Fall sein.

Die Erfahrung zeigt, dass gute – also auch sehr beschäftigte – Sachverständige häufiger beauftragt werden. Nachfragen des Gerichts erfolgen erst spät, oder nur auf Anregung der Anwälte. Durch die Bestimmung einer Frist könnte erreicht werden, dass der zu beauftragende Sachverständige vor einer Annahme des Gutachtenauftrags gründlich prüft, ob er überhaupt in der Lage sein wird, das Begutachtungsverfahren einigermaßen zeitgerecht zu erledigen.[22] Immer wieder machen wir die Erfahrung, dass Sachverständige Gutachtenaufträge zwar annehmen, aber wegen Arbeitsüberlastung nicht erledigen. Werden Gutachtenaufträge aber nach sechs oder mehr Monaten wegen Nichterledigung schließlich zurückgegeben, nimmt das Verfahren, vor allem aber das betroffene Kind Schaden.

XIII. § 165 FamFG: Vermittlungsverfahren

Auch hier taucht wieder das Modell „Zuckerbrot und Peitsche" auf. Die Androhung des Sorgerechtsentzugs bei Umgangsfragen impliziert, dass Umgang

---

[21] *Joseph Salzgeber*, Der Sachverständige als Hersteller des Einvernehmens, endlich der Garant für das Kindeswohl?, FamRZ 2008, S. 656 ff.

[22] Zur Untätigkeitsbeschwerde: OLG Karlsruhe FamRZ 2004, S. 53; KG Berlin FamRZ 2005, S. 729.

immer dem Kindeswohl entspricht. Erneut steht ausschließlich die Erzielung eines Einvernehmens der Eltern im Vordergrund. Als einziges Ziel erscheint also eine elternorientierte Lösung, die Kindeswohlprüfung bleibt hierbei undeutlich.[23] Die Pflicht zum Umgang nur für das Kind wird im Hinblick auf eine weitere Entscheidung des BVerfG[24] zukünftig stärker in Frage gestellt werden müssen. Danach muss jede gerichtliche Lösung eines Konflikts zwischen den Eltern, die sich auf die Zukunft des Kindes auswirkt, nicht nur auf das Wohl des Kindes ausgerichtet sein, sondern das Kind auch in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen, weil die sorgerechtliche Regelung entscheidenden Einfluss auf das weitere Leben des Kindes nimmt und es daher unmittelbar betrifft. Hierzu gehört, dass der vom Kind aufgrund seines persönlichen Empfindens und seiner eigenen Meinung geäußerte Wille als Ausübung seines Rechts auf Selbstbestimmung bei der Entscheidung über sein zukünftiges Verbleiben bei einem Elternteil hinreichend Berücksichtigung findet.

Nach meiner Auffassung werden diese Grundsätze nicht nur in Bezug auf Sorgerechtsregelungen, sondern auch in Bezug auf Umgangsregelungen zukünftig von erhöhter Bedeutung sein, so dass es nicht nur auf eine Einigung der Eltern an den Zeitkontingenten des Kindes nach den elterlichen Vorstellungen ankommen wird, sondern der Wille des Kindes und sein Erleben des konkreten Umgangs stärkeres Gewicht zu erhalten hat.

XIV. Insgesamt

Dass es in den Verhandlungen im Rechtsausschuss zu weiteren Kompromissen im Hinblick auf den Ursprungsentwurf nach der umfangreichen Sachverständigenanhörung gekommen ist, ist zu begrüßen. Das Problem der Einigungsfixiertheit des Entwurfs bleibt jedoch bestimmend und soll durch verschiedene Zwänge auf die Eltern durchgesetzt werden (Cochemer Modell), ohne dass individuelle Lösungen im Vorfeld außergerichtlich gefördert würden. Einigungen – in welcher Ausformung auch immer – bleiben damit höchstes Ziel und Selbstzweck der Regelungen. Nicht jede Einigung unter den Eltern entspricht aber dem Kindeswohl. Die Kindeswohlprüfung wird wegen der ausschließlich elternorientierten Systematik im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des BGH und des BVerfG daher nicht ausreichend beachtet. Damit ist die wesentliche Zielrichtung des Entwurfs in einem gewissen Sinne bereits heute schon wieder überholt.

---

[23] *Ingeborg Rakete-Dombek*, Umgang um jeden Preis, FPR 2008, S. 492.

[24] BVerfG FamRZ 2008, S. 1737.

Einvernehmliche Konfliktlösungen und Vermittlungsverfahren Anmerkungen aus richterlicher Sicht

Joachim Maier

Es ist im Gesetzgebungsverfahren von beteiligten Verbänden und den eingeladenen Sachverständigen sehr viel Treffendes und Wichtiges an Für und Wider im Zusammenhang mit den beabsichtigten gesetzlichen Regelungen eingebracht worden, so auch zu den hier interessierenden Punkten „einvernehmliche Konfliktlösungen“, Unterpunkt wohl auch der Gedanke der Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens, und „Vermittlungsverfahren“. Ich möchte diese Argumente, wiewohl ich sie durchweg für wichtig erachte, nur in einigen ausgewählten Punkten aufgreifen, und mich – vorbehaltlich einer anderweitigen Vertiefung in der folgenden Diskussion – im Übrigen darauf beschränken, einige wenige in der alltäglichen Praxis auftauchende Probleme im Zusammenhang mit dem Zustandekommen einvernehmlicher Lösungen und deren vormaligen und gestern beschlossenen neuen gesetzlichen Grundlagen zu beleuchten.

Nahezu jede streitige gerichtliche Entscheidung in einem Umgangsverfahren ist wegen des Bedarfs an Papier zum Niederschreiben ein sinnloser Beitrag zum Waldsterben. Nahezu jede streitige gerichtliche Entscheidung in einer Familiensache überhaupt trägt eher die Gefahr der Konflikteskalierung in sich, als dass sie geeignet ist, dem Rechtsfrieden zu dienen.

Der betreuende Elternteil, der dem anderen Elternteil überhaupt oder zeitlich mehr Umgang gewähren muss, als es seinen Vorstellungen entspricht, wird in dessen Verlauf in der Praxis versuchen, seine Vorstellungen entgegen dem Wortlaut der gerichtlichen Entscheidung faktisch zu verwirklichen. Krankheiten, attraktive Alternativtermine, Geburtstage naher Verwandter oder am Wohnort des betreuenden Elternteils lebende Freunde können die Unlust des Kindes auf Umgang mit dem anderen Elternteil nähren. Der umgangsberechtigte Elternteil, der seiner Auffassung nach zu wenig oder lediglich betreuten Umgang zugesprochen erhält, wird in der Regel nicht zur Ruhe kommen, sondern zumindest gegenüber dem Kind wiederkehrend seine Unzufriedenheit mit der angeordneten Regelung zum Ausdruck bringen. Gleichermaßen gilt dies in Unterhaltsstreitigkeiten. Wer subjektiv zu viel Unterhalt bezahlen muss, wird ständig auf Verwirkungsgründe spekulieren und eine möglichst engmaschige Überwachung des bedürftigen Ehegatten (und sei es über die Kinder)

installieren. Wer subjektiv zu wenig Unterhalt erhält und der Überzeugung ist, dass es dem pflichtigen Ehegatten im Vergleich zu ihm selbst viel zu gut geht, wird diese Unzufriedenheit oftmals vor den Kindern nicht verbergen können und diesen gegenüber für wirtschaftliche Einschränkungen ausschließlich den anderen Elternteil verantwortlich machen.

Dies soll lediglich kurz darstellen, wie notwendig das Bemühen um einvernehmliche Konfliktlösungen gerade in familienrechtlichen Streitigkeiten ist, wobei dem Familienrichter zum möglichst sachgemäßen Erreichen dieses Ziels auch vom Gesetzgeber die erforderlichen verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen zur Verfügung gestellt werden müssen. Die zentrale Frage für mich ist dabei, wie diese Rahmenbedingungen aussehen müssen und hier vor allem, wie viel Verfahrenssteuerung muss beim Familienrichter bleiben und in welchem Umfang kann, soll oder muss er sich – ganz oder vorübergehend – aus dem gerichtlichen Verfahren zurückziehen und das Vorantreiben oder auch den Abschluss des Einigungsprozesses an Dritte delegieren. In letztgenannte Richtung weist § 135 FamFG, wonach das Gericht im Scheidungsverfahren anordnen kann, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Ein netter Ansatz, allerdings zeigt die Praxis, dass sich die Parteien, die sich am heftigsten über Folgesachen (nachehelicher Unterhalt, aber auch Sorge und Umgang) streiten, diejenigen sind, die mit dieser gewonnenen Information nichts anfangen können, da sie für eine außergerichtliche Mediation nicht die finanziellen Mittel zur Verfügung haben. Auf Möglichkeiten der gerichtsnahen Mediation möchte ich später hinweisen.

Tatsächlich nimmt der Gesetzesentwurf in seiner Begründung („Leitlinien des Entwurfs") für sich in Anspruch, „Elemente des sog. Cochemer Modells einzuführen".[1] Zentrale Vorschriften sind dabei die §§ 155, 156 FamFG. Verfahren, die den Aufenthalt eines Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe eines Kindes sowie die Gefährdung des Kindeswohls betreffen, sind *spätestens* einen Monat nach Eingang bei Gericht mit den Beteiligten zu erörtern. Das Gericht wirkt in diesem Verfahren auf ein Einvernehmen der Beteiligten hin, sofern dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Wenn ein Einvernehmen nicht zu erreichen ist, weist es auf Möglichkeiten der Beratung durch Beratungsstellen insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und Verantwortung, auf die Möglichkeit der Mediation oder sonstigen außergerichtlichen Streitbeilegung hin

[1] Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/6308, S. 164.

und kann anordnen, dass die Eltern an einer Beratung bei einer Beratungsstelle der Träger der Kinder- und Jugendhilfe teilnehmen. Weiterhin *soll* im Falle der Teilnahme an einer Beratung (oder auch bei Beauftragung eines kinderpsychologischen Sachverständigen) der Umgang durch einstweilige Anordnung geregelt oder ausgeschlossen werden.

Flankiert wird dies von der Kostenregelung des § 81 II Nr. 5 FamFG, wonach die Kosten eines Verfahrens ganz oder teilweise dem Beteiligten auferlegt werden können, der einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung ohne genügende Entschuldigung nicht nachgekommen ist. Nach der Begründung soll mit dieser Regelung aus Gründen des Kindeswohls das Hinwirken auf eine einvernehmliche Regelung der Eltern befördert werden. Überspitzt formuliert könnte man allerdings auch fragen, ob es sich hierbei um eine Strafgebühr gegen denjenigen handelt, der ein gesetzlich vorgesehenes Recht, nämlich beispielsweise im Falle der Nichteinigung über Umgang gemäß § 1684 BGB eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, wahrnimmt und sich bei Ausübung dieses Rechts von demjenigen, den der Gesetzgeber zur Erledigung dieser hoheitlichen Aufgabe berufen hat, nämlich dem Familienrichter, nicht zu anderen Personen wegschicken lassen will. Sei dies vielleicht auch nur deshalb, weil zumindest bis zu einer ihm selbst nachteiligen Entscheidung das Vertrauen in die Justiz und deren Fähigkeit zum Erreichen einer sachgerechten Lösung noch recht hoch angesiedelt ist (so jedenfalls die Abschlussberichte über Projekte gerichtsnaher Mediation in verschiedenen Bundesländern).

Zugegebenermaßen findet sich das Szenario des „Wegschickens“ in den gesetzlichen Regelungen nicht zwingend wieder. Allerdings wird der Hinweis auf „Elemente des Cochemer Modells“ den Verfechtern dieses Automatismus enormen Rückenwind geben, zumal gerade diese Vorgehensweise bereits in viele Nachahmermodelle Eingang gefunden hat und von den Justizministerien auch nachhaltig gefördert wird (schließlich verspricht sie eine Einsparung von Ressourcen an Richterarbeitskraft). Entsprechend den Vorgaben des Modells wird ein sehr früher Termin anberaumt, zu dessen Vorbereitung möglichst wenig Prozessstoff schriftlich eingereicht werden soll. Die Problematik der Gewährung von Prozesskostenhilfe ohne Prüfung der Erfolgsaussicht einer Rechtsverfolgung oder -verteidigung bzw. die Bereitschaft von Anwälten, an solchen Terminen teilzunehmen, wenn möglicherweise nach Erörterung der Angelegenheit mangels Erfolgsaussicht Prozesskostenhilfe verweigert wird, möchte ich jetzt nicht vertiefen.

Kommt es in diesem Termin nicht zu einer Einigung, gibt das Gericht die Beteiligten an eine Beratungsstelle oder einen Sachverständigen weiter (der ja

nach § 163 II FamFG ebenfalls zur Herstellung des Einvernehmens berufen sein soll), mit der Erwartung, den Fall jedenfalls streitig nie wieder zu sehen.[2]

Ich gebe mich nicht der Illusion hin, dass angesichts dieser gesetzlichen Vorschriften und vor allem der erwähnten Motivation der Installierung von Gedanken des Cochemer Modells der Familienrichter der geschilderten Handhabung, von krassen Ausnahmefällen abgesehen, widerstehen wird. Wir lesen ja auch im Buch von *Rudolph*, dass diese Vorgehensweise in nahezu allen Fällen zu praktizieren ist, „auch in einschlägigen Fällen der Gefährdung des Kindeswohls nach Maßgabe der Bestimmungen des § 1666 BGB“[3]. Aus der Sicht der Praxis halte ich es deshalb für äußerst begrüßenswert, dass in Ergänzung zum Regierungsentwurf nunmehr der Gesetzgeber in § 156 I 1 FamFG deutlich seine Auffassung zum Ausdruck bringt, dass es auch Fälle gibt, in denen eine einvernehmliche Lösung gerade nicht dem Kindeswohl entsprechen muss, sondern eine sachgerechte Lösung nur durch die Durchführung eines förmlichen gerichtlichen Verfahrens unter Nutzung der einem solchen Verfahren innewohnenden Autorität erzielt werden kann.

Dies gilt in verstärktem Maße deshalb, weil einerseits mit der Reform die Belastung des Familienrichters eklatant anwachsen wird. Der Präsident des Amtsgerichts Stuttgart *Borth* und der Richter am Bundesgerichtshof *Klinkhammer* haben in der Sachverständigenanhörung zu Recht darauf hingewiesen, dass der erhöhte Arbeitsanfall durch die begrüßenswerte Schaffung des Großen Familiengerichts wohl kaum von den Justizverwaltungen mit einer Personalerhöhung ausgeglichen werden wird.[4] Außerdem wird wohl auch nur auf die Weise, dass nämlich Sorge- und Umgangssachen ohne umfangreiche Vorbereitung in einem Termin (mag er auch 1 ½ - 2 Stunden dauern) richterlich abgeschlossen sind, dem Beschleunigungsgebot des § 155 I FamFG („vorrangig und beschleunigt“) nachzukommen sein.

Ich habe bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass ich angesichts der oft existentiell notwendigen Regelung der finanziellen Folgen einer Trennung dieses auf Kindschaftssachen beschränkte Gebot (welches in seiner konkreten Ausformung nur für die erste Instanz gilt, während es für die weiteren Instan-

[2] Vgl. die Erfahrung aus Cochem: *„Von 1996 bis 2007 musste in den familiengerichtlich getroffenen Regelungen in lediglich zwei Konfliktkonstellationen eine streitige Entscheidung zum Aufenthalt der beteiligten Kinder getroffen werden.“* (*Jürgen Rudolph*, Du bist mein Kind, 2007, S. 57).

[3] *Rudolph* (Anm. 2), S. 32.

[4] Vgl. die schriftlichen Stellungnahmen zur Anhörung vor dem Rechtsausschuss am 13.2.2008 von *Frank Klinkhammer*, S. 2, und *Helmut Borth*, S. 8, Anlagen zum Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses vom 13.02.2000, im Internet veröffentlicht unter: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html.

zen lediglich Appellcharakter besitzt) lieber nicht im Gesetz gelesen hätte,[5] da ich die Unterhaltsverfahren für zumindest ebenso dringlich ansehe wie die Kindschaftssachen. Dies wird noch deutlicher, wenn ich das – nicht überraschende – Ergebnis einer rechtssoziologischen Untersuchung der Universität Mainz im Auftrag des Bundesfamilienministeriums[6] betrachte, wonach der Anteil der streitigen Auseinandersetzungen um Sorge und Umgang in den Beziehungen, in denen die finanziellen Beziehungen der Eltern befriedigend geregelt sind, deutlich geringer ist als in den Beziehungen, in welchen Streit über das Geld herrscht.

Die weitere Problematik der Weiterreichung von Beteiligten an außenstehende Dritte hängt mit der Frage zusammen, die auch bereits ausführlich anlässlich der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss erörtert wurde, ob der Familienrichter für die Erfassung der Befindlichkeiten von Eheleuten, Eltern und deren Kindern bzw. dem Auffangen und Abarbeiten der aus deren Beziehung resultierenden und ihr Handeln beeinflussenden Emotionen überhaupt qualifiziert ist bzw. sich subjektiv qualifiziert fühlt. Hier mögen Anspruch und Wirklichkeit auseinanderklaffen, wenn bereits in den Gesetzesmaterialien zu § 50b FGG – Kindesanhörung – zu lesen ist, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass alle an Familien- und Vormundschaftsgerichten tätigen Richterinnen und Richter durch Aus- und Weiterbildung mit den Grundsätzen der Pädagogik und Psychologie vertraut sind. Wenn zumindest subjektiv Zweifel an einer solchen Qualifizierung bestehen, wird die Versuchung, entsprechend der mitgeteilten Intention des Gesetzes die Verantwortung zur Erarbeitung des Einvernehmens zu delegieren, ziemlich hoch sein. Auch wird die Bereitschaft sehr hoch sein, den Hinweis auf die Verfahrensweise nach dem Cochemer Modell in der Gesetzesbegründung zu verinnerlichen, und sich auch nicht durch spätere Äußerungen verunsichern zu lassen, die diese Zielsetzung eventuell relativieren oder revidieren.

Die lediglich durch das Kindeswohl begrenzte und im Übrigen bedingungslose Weiterreichung von Streitparteien an Beratungsstellen, auf ein Einvernehmen hinarbeitende Sachverständige (§ 163 II FamFG) oder in die Mediation kann nicht der Weg sein, ein gerichtliches Familienverfahren zu führen. Die Vernetzung der verschiedenen Professionen ist gut und vorbehaltslos zu begrüßen. Allerdings muss das Familiengericht in den outgesourcten Einigungsprozess

---

[5] *Joachim Maier*, Hinwirken auf das Einvernehmen nach § 52 FGG und das Vermittlungsverfahren nach § 52a FGG, FPR 2007, S. 301, 304.

[6] *Norbert Schneider,* Zur Situation der Alleinerziehenden – ein Beitrag der Soziologie, in: Siegfried Willutzki/Gerd Brudermüller, Vierzehnter Deutscher Familiengerichtstag v. 12. bis 15. September 2001 in Brühl, 2003, S. 49 ff.

eingebunden bleiben, indem es zumindest regelmäßig über den Stand der Bemühungen unterrichtet wird und bei Bedarf auch an diesen Bemühungen mitwirkt, eventuell sogar durch Teilnahme an einzelnen Gesprächsrunden. Nur auf diese Weise wird das Gericht, dem der Gesetzgeber die Verantwortung für eine tragfähige und die Interessen aller Beteiligter wahrenden Lösung zugewiesen hat, seiner Verantwortung gerecht werden. Und letztlich kann es auch nur auf diese Weise sicherstellen, dass der Einigungsprozess auch die Interessen der anderweitig nicht immer beteiligten Kinder berücksichtigt und nicht nur oberstes, manchmal auch alleiniges, Ziel ist, zwei Streithähne zu besänftigen. Es ist überflüssig zu erwähnen, dass der Richter in diesem Prozess die Kinder beteiligt hat, das heißt auch bei Anordnung von Beratungen diese angehört hat. Ich begrüße es daher ausdrücklich, dass der jetzige Gesetzestext in Ergänzung zum Regierungsentwurf in § 156 III 3 FamFG ausdrücklich vorsieht, dass der Familienrichter bereits nach dem beschleunigt durchzuführenden Termin und noch vor dem Erlass der im Fall einer Nichteinigung gebotenen einstweiligen Anordnung eine Kindesanhörung durchführen muss.

Schließlich gibt es – insbesondere in der ersten Trennungsphase – genügend Fallgestaltungen, in denen zumindest vorübergehend die Regelvermutung des § 1626 III BGB nicht greift, wonach der Umgang eines Kindes mit beiden Elternteilen in der Regel dessen Wohl entspricht, worauf zuletzt auch *Salzgeber* sehr eindrücklich hingewiesen hat.[7] Ob in Fällen, in denen nach Auffassung des Familiengerichts vorübergehend bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache ein Umgang nicht stattfinden soll, aus Rechtsgründen der Erlass einer einstweiligen Anordnung über den Umgangsausschluss erforderlich ist, bezweifle ich. Wegen der tatsächlichen Signalwirkung will ich diese Zweifel vorläufig nicht vertiefen.

Zu Recht wurde in den Sachverständigenanhörungen auch mehrfach gemahnt, dass wir oft die Qualifikation der Personen, zu denen wir die Parteien in die Beratung schicken, nicht kennen und deshalb nicht abschätzen können, ob nicht in einer gewissen Anzahl berechtigte Interessen von nicht oder nur am Rande beteiligten Kindern unter dem durch die Ausgestaltung des Verfahrens erzeugten „Einigungsdruck“ keine oder zu wenig Beachtung finden.

Es stellt sich abschließend die Frage, ob bei allem erkennbaren guten Willen um Verfahrensweisen in Familiensachen, die zu einer Verringerung der derzeitigen durchschnittlichen Verfahrensdauer von sieben Monaten und zu einer Verbesserung der gerichtlichen Streitkultur zwischen Eheleuten bzw. Eltern

---

[7] *Joseph Salzgeber*, Der Sachverständige als Hersteller des Einvernehmens, endlich der Garant für das Kindeswohl?, FamRZ 2008, S. 656 ff.

führen sollen, die Fixierung auf die Grundsätze des Cochemer Modells ohne ausreichende Evaluation desselben (*Salgo* sprach in der Sachverständigenanhörung durchaus zu Recht davon, dass bislang lediglich eine Selbstevaluation stattgefunden hat[8]) der Königsweg ist, oder ob gerade in die verfahrensrechtliche Gesetzessystematik nicht auch sonstige erfolgversprechende Ansätze hätten einfließen sollen, die in letzter Zeit erprobt wurden.

Ich denke in diesem Zusammenhang beispielsweise an diverse Projekte gerichtsnaher Mediation oder aber an Regelungen, wonach lediglich solche Richter und Richterinnen an Familiengerichten tätig sein können, die durch – sicher justizintern leistbare – Aus- und Fortbildungen tatsächlich mit den Ergebnissen der Scheidungsforschung und der daraus ableitbaren Konfliktbewältigung vertraut gemacht wurden.

Lediglich wenn solche Ansätze zumindest faktisch weiterverfolgt werden, könnte sich die Weitergeltung des § 52a FGG als neuer § 165 FamFG (Vermittlungsverfahren) rechtfertigen. Dieses wurde mit dem Kindschaftsreformgesetz zum 01.07.1998 in das Gesetz eingeführt, hat in der Rechtspraxis keine Bedeutung erlangt und ist – soweit für mich ersichtlich – auch in Veröffentlichungen noch zu keinem Zeitpunkt positiv besprochen worden. Die einzelnen Gründe hierfür wurden seit zehn Jahren wiederholt dargestellt,[9] weswegen ich die nähere Erörterung im Bedarfsfall der anschließenden Diskussion überlassen möchte.

Sofern im Vermittlungsverfahren ein letzter gerichtlicher Versuch zur Vermeidung eines Vollstreckungsverfahrens gesehen werden sollte, scheitert die praktische Umsetzung daran, dass ein Vermittlungsverfahren nicht von Amts wegen oder auf Antrag weiterer Beteiligter eingeleitet werden kann, sondern ausschließlich auf Antrag eines der Elternteile stattfindet, die jedoch wiederum die freie Wahl zwischen einem Antrag auf Durchführung eines Vermittlungsverfahrens oder auf Festsetzung von Zwangsmitteln haben.

[8] *Ludwig Salgo*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 13.02.2008, S. 3, im Internet unter: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html.

[9] Zusammenfassend *Maier* (Anm. 5), S. 301 ff.

Die Änderungen des FamFG-Entwurfes im Instanzenzug und in der Vollstreckung

Heiko Wagner

I. Rechtsmittel

Die Reform harmonisiert den Rechtsmittelzug im Familienverfahrensrecht und in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit als dreistufigen Instanzenzug, den es bereits in anderen Verfahrensordnungen gibt, und leistet damit einen Beitrag zur Vereinheitlichung der Prozessordnungen. Der Verfahrensablauf wird gestrafft und an das Beschwerdeverfahren im Zivilprozess angeglichen.

Die Beschwerde findet grundsätzlich gegen alle im ersten Rechtszug ergangenen Endentscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte statt. Neben- und Zwischenentscheidungen sind nur dann anfechtbar, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist. Das Rechtsmittel gegen diese Entscheidung ist die sofortige Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567-572 ZPO. Die Unterscheidung zwischen einem Hauptsacherechtsmittel und einem Rechtsmittel gegen Neben- und Zwischenentscheidungen entspricht anderen Verfahrensordnungen und gleicht die freiwillige Gerichtsbarkeit an den allgemeinen Standard an. Dies hat zur Konsequenz:

(1) *Wegfall der einfachen Beschwerde* und die generelle Befristung der Beschwerde. Die Erinnerung nach § 11 II RPflG und bestimmte Rechtsbehelfe des FGG wie Widerspruch (bei Amtslöschungsverfahren) und Einspruch (bei Zwangsgeld) bleiben erhalten.

(2) *Einführung der Rechtsbeschwerde auf Zulassung* (Wegfall der weiteren Beschwerde, der Berufung und der Divergenzvorlage) und der *zulassungsfreien Rechtsbeschwerde* in Betreuungs-, Unterbringungs- und Freiheitsentziehungssachen.

(3) *Gesetzliche Rechtsmittelbelehrung*: In allen Familiensachen wird damit die Rechtsbeschwerde vom Oberlandesgericht als bisheriges Beschwerdegericht zum Bundesgerichtshof eröffnet. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, wenn

eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit oder zur Vereinheitlichung oder zur Fortbildung des Rechts geboten ist. Der Bundesgerichtshof kann dadurch in wesentlich stärkerem Ausmaß als bisher die familienrechtlichen Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Leitentscheidungen prägen und fortentwickeln.

II. Vollstreckung

Das geltende Vollstreckungsrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht aus lückenhaften Regelungen. Die neuen Vollstreckungsvorschriften sind systematisch angelegt und an den spezifischen Erfordernissen der Vollstreckung in Angelegenheiten der Rechtsfürsorge ausgerichtet.

Bisher sind in § 33 FGG hauptsächlich nur einzelne Vollstreckungsmaßnahmen bestimmt. Es fehlen Regelungen zu den Voraussetzungen für die Vollstreckung und zum eigentlichen Vollstreckungsverfahren. Der Entwurf beinhaltet daher, aus welchen Titeln die Vollstreckung stattfinden kann (§ 86 FamFG), welches Gericht die Vollstreckung betreibt (§ 88 FamFG), das Verfahren der Vollstreckung von Amts wegen oder auf Antrag (§ 87 I FamFG) und die Beschwerde im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens (§ 87 IV FamFG).

Über eine weit gefasste Bezugnahme auf die Vollstreckungsbestimmungen der ZPO werden die möglichen Vollstreckungsmaßnahmen, derer sich das Gericht bedienen kann, erweitert. So wird es bei vertretbaren Handlungen künftig eine Ersatzvornahme geben und bei gegenständlichen Herausgabetiteln die Anwendung von Zwangsmitteln.

In der Vollstreckung von Sorge- und Umgangsentscheidungen werden allerdings die bisherigen Zwangsmittel durch Ordnungsmittel ersetzt. Dies betrifft Verstöße gegen Entscheidungen zum Aufenthaltsbestimmungs- und Umgangsrecht sowie zur Kindesherausgabe. Ordnungsmittel können – anders als Zwangsmittel – auch noch nach Ablauf der Verpflichtung wegen Zeitablaufs (z. B. Herausgabe des Kindes zu einem bestimmten Zeitpunkt) als Sanktion angewendet werden. Einer förmlichen Androhung der Ordnungsmittel bedarf es künftig nicht mehr. Die dadurch verbesserte Effektivität der Vollstreckung wird durch die vorgesehene Prüfung des Verschuldens des Verpflichteten nicht beeinträchtigt, denn es obliegt dem Verpflichteten, die Umstände darzutun, aus denen sich ergibt, dass er die Zuwiderhandlung nicht zu vertreten hat.

Im Unterschied zum internationalen Familienverfahrensrecht wurde die Anwendung der Ordnungsmittel allerdings von einer Soll-Regelung auf eine

Kann-Regelung heruntergestuft. Dies geschah als Folge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008.[1] Danach ist § 33 I 1 und III FGG dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass die zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht eines den Umgang verweigernden Elternteils zu unterbleiben hat, es sei denn, im konkreten Einzelfall liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass der erzwungene Umgang dem Kindeswohl dient. Eine Kann-Vorschrift ermöglicht dem Gericht eine flexible Handhabung; bei der Ausübung des Ermessens wird es sich in erster Linie davon leiten lassen, dass das Vollstreckungsverfahren der effektiven Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung dient, die im Erkenntnisverfahren unter umfassender Beachtung der Vorgaben des materiellen Rechts – und mithin auch des Kindeswohls – getroffen wurde.

Zusätzlich aufgenommen wurde eine besondere Vollstreckungsschutzbestimmung in Abstammungssachen, wie sie über das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. März 2008[2] in § 56 IV FGG eingefügt wurde. Die Nachfolgevorschrift bedurfte allerdings keiner Anpassung zum Vollstreckungstitel (Beschluss und Endentscheidung). Sie ermöglicht dem Gericht, zur Erzwingung der Duldung der Probeentnahme Ordnungsgeld und Ordnungshaft zu verhängen.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit sieht im Verfahren gerichtliche Anordnungen mit vollstreckbarem Inhalt auf Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen in diversen Fällen vor, z. B. in § 220 FamFG (Auskunftspflicht in Versorgungsausgleichssachen), § 358 FamFG (Ablieferung von Testamenten), §§ 404 und 405 II FamFG (Aushändigung von Unterlagen bei der Dispache) und § 82 GBO (Zwangsberichtigung des Grundbuchs). Diese Anordnungen haben *verfahrensleitenden* Charakter, sowohl mit dem Ziel der Sachaufklärung (wie bei §§ 404 und 405 FamFG) als auch der Abgabe verfahrenserheblicher Erklärungen durch die Beteiligten (wie bei § 82 GBO) oder der Überwachung des Verfahrens. Die Durchsetzung der genannten Mitwirkungspflichten bedarf auch insoweit wirkungsvoller und klar strukturierter Zwangsmittel. Die Anwendung dieser Zwangsmittel ist zu unterscheiden von der Vollstreckung *verfahrensabschließender* Entscheidungen. Die bisherige Vermischung von Zwangsmitteln im Verfahren und in der Vollstreckung[3] wird mit § 35 FamFG beseitigt.

---

[1] BVerfG NJW 2008, S. 1287 ff.

[2] BGBl. I, S. 441.

[3] *Hans Friedhelm Gaul*, Die Vollstreckung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit – ein legislatorisch und wissenschaftlich vernachlässigtes Mittel der Rechtsverwirklichung, in: Gerhard Lüke/Takehiko Mikami/Hanns Prütting, Festschrift für Akira Ishikawa, 2001, S. 87 ff.

Zusammenfassend zielt der Entwurf ab auf:

- eine systematische Zuordnung und Regelung einer FamFG-eigenen Vollstreckung;
- den Verzicht auf gleichlautende Vollstreckungsregelungen der ZPO in Fällen:

  (1) der Familienstreitsachen (§ 120 FamFG);

  (2) der Vollstreckung von Geldforderungen, Herausgabe von Sachen, Vornahme von Handlungen, Duldung und Unterlassung, Abgabe von Willenserklärungen (§ 95 FamFG);

- die Einführung von Ordnungsmitteln in der Vollstreckung der Personenherausgabe und des Umgangs als *Kann-Vorschrift* (anders als § 4 IntFamRVG in Art. 45);
- einen besonderen Vollstreckungsschutz bei Beschlüssen zur Klärung der Vaterschaft (§ 1598a BGB);
- eine Abgrenzung zu den Zwangsmitteln bei Verfahrenshandlungen (§ 35 FamFG).

„Ich kann freilich nicht sagen, ob es besser werden wird, wenn es anders wird; aber so viel kann ich sagen, es muss anders werden, damit es gut werden soll.“

Georg Christoph Lichtenberg 1742–1799

Das FamFG in Familienstreitsachen[1]

Heinrich Schürmann

Das „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (FamFG)[2] ist nur ein – wenn auch wichtiger – Teil einschneidender Reformvorhaben. Nach dem erst vor kurzem in Kraft getretenen „Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts“[3] und dem „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“[4] stehen noch die Strukturreform des Versorgungsausgleichs[5] und Änderungen im Zugewinnausgleichsrecht[6] auf der Agenda. Auch die Reform des

[1] Überarbeitete und um mehrere Aspekte erweiterte Fassung des auf dem Familienrechtlichen Forum vorgetragenen Impulsreferates.

[2] BT-Drs. 16/6308, 16/9733, 16/9831; der Bundestag hat das Gesetz in seiner Sitzung vom 27. Juni 2008 verabschiedet, der Bundesrat hat am 19. September 2008 zugestimmt. Das Gesetz wird am 1. September 2009 in Kraft treten (BGBl. I 2008, S. 2586).

[3] BGBl. I, S. 3189.

[4] BGBl. I, S. 441.

[5] Regierungsentwurf, BR-Drs. 343/08.

[6] Referentenentwurf, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bmj.bund.de/files/-/3239/RegE_Gueterrecht.pdf.

mit dem Familienrecht eng verbundenen Erbrechts liegt mittlerweile als Regierungsentwurf vor.[7] Darüber hinaus sah sich der Gesetzgeber aufgrund zahlreicher Berichte über Kindesmisshandlung und -vernachlässigung bereits im Vorfeld der FGG-Reform zu raschem Handeln veranlasst. Einzelne der Verfahrensbeschleunigung dienende Regelungen aus dem Entwurf des FamFG wurden in das FGG übernommen und sind zusammen mit mehreren Änderungen des BGB als „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls" am 12. Juli 2008 in Kraft getreten.[8] Diese Änderung nimmt einen Teil der FGG-Reform vorweg.

Mehr noch als die Änderungen des materiellen Rechts stellt die grundlegende Reform des Verfahrensrechts hohe Anforderungen an alle, die im Familienrecht tätig sind. Die Anwendung des neuen Rechts in der Rechtsprechung ist nur die eine Seite der Medaille – auf der anderen Seite stehen die vielen kleinen Änderungen, die mit der technischen Umsetzung verbunden sind. Reformgesetze sind nicht ohne Folgen für die Verwaltungsabläufe. Die Jugendämter müssen sich auf neue, personalintensive Aufgaben einstellen, bei den Gerichten sind die Computerprogramme an das neue Recht anzupassen, die notwendige Fortbildung bindet Arbeitskraft, eine zunehmende Zahl von Beteiligten vergrößert den Arbeitsanfall auf den Geschäftsstellen. Dies alles gibt es nicht umsonst – ohne zusätzliche Mittel sind Einschränkungen an anderer Stelle die unvermeidbare Folge.[9]

I. Prozessordnung und materielles Recht

Dass das Verfahrensrecht in Familiensachen einer Überarbeitung bedurfte, steht seit langem außer Frage. In allen anderen Bereichen hatte sich das FGG bis heute bewährt. Zweifelsfragen konnte die Rechtsprechung zufriedenstellend bewältigen. Der Reformbedarf war hier weniger dringend. Das vom BMJ seit vielen Jahren verfolgte Ziel, diese beiden Verfahrensrechte zu vereinen, ist ehrgeizig, bei der Komplexität der gestellten Aufgabe aber mit Skepsis zu betrachten. Rein äußerlich wirken knapp 500 neue Paragraphen und ein Papiervolumen von mehr als 800 Seiten alles andere als einladend. Dem nunmehr verabschiedeten Gesetz kann man eine klare Sprache und eine in den großen Linien nachvollziehbare Struktur bescheinigen. Genügt dies schon für ein gutes Recht?

---

[7] http://www.bmj.bund.de/enid/70a9c3b85af0a374a18aaf839a978e12,0/Zivilrecht/Erbrecht_1d2.

[8] BGBl. I 2008, 1188.

[9] *Wolfram Viefhues*, FamFG – muss das sein?, ZFE 2008, S. 241.

Verfahrensrecht ist kein Selbstzweck. Dreh- und Angelpunkt ist das materielle Recht, das mit Hilfe der Verfahrensordnung durchgesetzt werden soll. Je besser beide Systeme ineinandergreifen, umso weniger Reibungsverluste entstehen. Es ist ein zweifelhafter Gewinn, wenn eine bestehende Prozessordnung durch eine andere mit punktuellen Veränderungen ersetzt wird. Eine grundlegende Reform des Verfahrensrechts muss unvollkommen bleiben, wenn sie nicht zugleich die Struktur des materiellen Rechts auf den Prüfstand stellt. Vor allem im Familienrecht wäre es mehr als nur eine Überlegung wert gewesen, ob nicht die derzeit noch isoliert bestehenden Ausgleichsansprüche durch eine umfassende Bewältigung aller mit einer Trennung und Scheidung verbundenen Fragen ersetzt werden sollten.[10] Denn Ausgleichsregelungen treffen nur dann auf Akzeptanz, wenn sie einem gesellschaftlich verinnerlichten Wertesystem entsprechen und sich in die von den Betroffenen erfahrene Lebenswirklichkeit einfügen.[11] Die bei gescheiterten Paarbeziehungen notwendige „*Reorganisation der Lebensverhältnisse*“[12] verlangt nach einem zukunftsorientierten Lösungsansatz. Dies wäre eine anspruchsvolle Aufgabe, für die das FGG-Verfahren einen geeigneten Rahmen bietet. Die sehr zu begrüßende Installation des „Großen Familiengerichts“ ist nicht mehr als ein erster Schritt in die richtige Richtung. Denn es bleibt unverändert den Parteien überlassen, welche Streitpunkte sie in eine gerichtliche Auseinandersetzung einbeziehen wollen. Die sich dabei immer wieder ergebenden Insellösungen können den komplexen Paar- und Familienbeziehungen nur unzureichend gerecht werden. Im Gegensatz dazu hätten Modelle, die auf eine umfassende Lösung zielen, die sich aus dem Gegensatz von Amtsermittlung und Parteiprozess ergebenden Probleme vermieden und die Einbindung der sog. Familienstreitsachen in das FGG erleichtert.

So bleibt die Frage, ob es wirklich der Normenklarheit dient, wenn statt der einen Verweisung in § 621a ZPO auf die vergleichsweise wenigen Regeln des FGG nunmehr § 113 FamFG in den Ehe- und Familienstreitsachen etwa 2/3 der Vorschriften aus dem Allgemeinen Teil des neuen Gesetzes für nicht anwendbar erklärt und durch eine Verweisung auf die ersten beiden Bücher der ZPO ersetzt. Etwa 60-mal werden einzelne oder eine ganze Reihe von Vorschriften der ZPO für entsprechend anwendbar erklärt – eine Feststellung, die

[10] Diese Frage ist Thema des 67. Deutschen Juristentages 2008. Die traditionelle Trennung der Ausgleichssysteme ist angesichts der zunehmend unscharfen Grenzziehung zwischen privatem Sparen und sozialer Zukunftssicherung kritisch zu beurteilen, zumal dadurch nicht selten wirtschaftlich fragwürdige Ergebnisse erzwungen werden.

[11] *Uwe Diederichsen,* „Richtiges“ Familienrecht, in: Festschrift für Karl Larenz, 1983, S. 127, 133 f.; *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 342.

[12] *Nina Dethloff*, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, A 42.

daran zweifeln lässt, ob es wirklich zweckmäßig ist, das Familienverfahrensrecht ohne eine grundlegende Neuorganisation des materiellen Rechts in das FGG zu integrieren.

II. Ein Unterhaltsverfahren

Die nachfolgende Darstellung stellt das in der Praxis besonders bedeutsame Unterhaltsverfahren in den Mittelpunkt der Betrachtung. Sie orientiert sich an dessen Ablauf vom ersten Antrag bis zur Rechtsbeschwerde, bezieht aber auch – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Unterschiede ein, die sich im Verhältnis zu anderen Familiensachen ergeben.

1. Der einleitende Antrag

Das Unterhaltsverfahren (§ 231 I FamFG) gehört zu den sog. *Familienstreitsachen* (§ 112 FamFG).[13] Weitere Streitverfahren sind die *Güterrechtssachen* (§ 261 I FamFG) sowie die *sonstigen Familiensachen* (§ 266 I FamFG).[14] Das erstinstanzliche Verfahren richtet sich unverändert nach den Vorschriften der ZPO, die an die Stelle der entsprechenden Regeln des FamFG treten (§ 113 I 2 FamFG). Das Verfahren wird jedoch nicht mehr mit einer Klageschrift, sondern mit einem *Antrag* (§ 113 V Nr. 2 FamFG) eingeleitet. Dementsprechend wechseln auch die Parteibezeichnungen in *Antragsteller* und *Antragsgegner*. Der Antrag muss wiederum den Anforderungen einer Klageschrift genügen (§ 253 ZPO) und ist auf eine wiederkehrende Leistung (§ 258 ZPO) gerichtet.

Die *örtliche Zuständigkeit* für den Antrag auf Unterhalt (für die gemeinschaftlichen Kinder und Unterhaltsansprüche der Ehegatten) hat während der Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens das Gericht der Ehesache (§ 232 I Nr. 1 FamFG). In den anderen Fällen ist für Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Kind bzw. in der Trennungszeit *„der Elternteil, der auf Seiten des minderjährigen Kindes zu handeln befugt ist"* (vgl. § 1629 II BGB), seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 232 I Nr. 2 FamFG). Die Vorschrift übernimmt weitgehend die Regelung des § 642 ZPO in das FamFG und präzisiert sie insofern, als sie auch die privilegiert volljähri-

[13] Die Vorschriften gelten auch für die in § 269 FamFG gesondert geregelten Lebenspartnerschaftssachen; nicht zu den Familienstreitsachen gehören hingegen die ebenfalls als Unterhaltssachen bezeichneten Kindergeldangelegenheiten nach § 231 II FamFG.

[14] Die sonstigen Familiensachen umfassen im weiteren Sinn alle Ansprüche zwischen persönlich eng miteinander verbundenen Personen (Verlobte, verheiratete und geschiedene Ehegatten, Eltern und Kinder).

gen Kinder nach § 1603 II BGB ausdrücklich einbezieht.[15] An dieser praktischen Lösung führt angesichts des materiellen Gleichrangs der Ansprüche kein Weg vorbei, will man das Risiko divergierender Entscheidungen vermeiden.

Die Zuständigkeit nach § 232 I FamFG hat Vorrang vor allen anderen Zuständigkeiten. Damit ist auch die Vollstreckungsgegenklage nicht mehr bei dem Gericht des ersten Rechtszugs,[16] sondern ausschließlich bei dem für den Aufenthaltsort des Kindes zuständigen Gericht zu erheben.[17] Die sachliche Zuständigkeit des Familiengerichts folgt aus § 111 FamFG i.V.m. § 23b GVG.

Als wesentliche Neuerung besteht für Unterhaltsverfahren (und alle anderen Familienstreitsachen!) künftig *Anwaltszwang* (§ 114 I FamFG). Was dem Schutz der Parteien dienen soll,[18] könnte sich als eine in der Praxis unnötige Erschwernis erweisen. Denn in einfach gelagerten Verfahren auf Kindesunterhalt hat sich eine Reihe von Unterhaltspflichtigen dem Verfahren ohne anwaltlichen Beistand gestellt – eine durchaus sinnvolle Entscheidung. Bei überschaubaren wirtschaftlichen Verhältnissen lassen sich noch offene Fragen regelmäßig durch eine Erörterung mit der Partei in der mündlichen Verhandlung klären. Auf diesem Weg konnten Verfahren einfach und schnell durch Parteivereinbarung abgeschlossen werden. Diese Option besteht künftig nicht mehr. Der Vertretungszwang verursacht auch in einfach gelagerten Fällen spürbar höhere Kosten durch die vermehrte Einschaltung von Rechtsanwälten. Ist der Antragsgegner anwaltlich nicht vertreten, ist eine frühe Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens im Vergleichswege oder durch ein Anerkenntnis ausgeschlossen.[19] Es bleibt dann nur die Entscheidung durch *Versäumnisbeschluss*

---

[15] Für privilegiert volljährige Kinder gilt die Sonderregelung des § 642 ZPO nicht; vgl. *Peter Philippi*, in: Richard Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 642, Rn. 2a; zur analogen Anwendung OLG Oldenburg, Beschluss vom 05.04.2005 – 2 WF 70/05, FamRZ 2005, S. 1846; OLG Hamm, Beschluss vom 29.01.2003 – 8 WF 1/03, FamRZ 2003, S. 1126.

[16] Vgl. BGH, Beschluss vom 22. August 2001 – XII ARZ 3/01, FamRZ 2001, S. 1705, 1706.

[17] BT-Drs. 16/6308, S. 255; eine entsprechende Vorschrift enthält § 262 FamFG für Güterrechtssachen.

[18] BT-Drs. 16/6308, S. 223 f.; nach der Gesetzesbegründung waren bisher in etwa einem Drittel der Verfahren zum Verwandtenunterhalt (vornehmlich Kindesunterhalt) nicht beide Parteien anwaltlich vertreten.

[19] Nicht selten hilft das Gespräch mit den Parteien in einem Gerichtstermin, um auch ohne anwaltliche Beratung eine allseits befriedigende Lösung herbeizuführen. Die Erledigung durch Vergleich/Anerkenntnis ist zugleich Ausdruck der Akzeptanz – ein für die Erfüllung der Ansprüche wichtiger Aspekt. Der Sinn der Regelung ist ohnehin zweifelhaft, da weder im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung noch im Verfahrenskostenhilfeverfahren Anwaltszwang besteht. Eine in diesen Verfahren getroffene Vereinbarung bindet die Parteien materiell-rechtlich in einem späteren Streitverfahren.

(oder *-entscheidung*?, § 38 IV FamFG). Das Gesetz vermeidet für die Sonderformen der Entscheidung eine eindeutige Terminologie.

Erhalten bleibt aber die in der familiengerichtlichen Praxis häufig genutzte Möglichkeit einer schnellen Erledigung im Verfahren auf Verfahrenskostenhilfe. Insofern besteht weiterhin kein Anwaltszwang, solange der Antrag zur Hauptsache nicht zugestellt worden ist (§ 114 IV Nr. 5 FamFG). Daher kann in einem Termin nach § 118 I 3 ZPO unverändert ein Vergleich ohne anwaltliche Mitwirkung geschlossen werden.[20] Allerdings wird das Gericht die Beteiligten auf die im Hauptsacheverfahren gebotene anwaltliche Vertretung hinweisen müssen. Ob dies die Bereitschaft zu einer zügigen Erledigung des Verfahrens fördert, mag man bezweifeln.

Exkurs I: Verfahrenskostenhilfe

In Unterhaltsverfahren hat die Prozessfinanzierung durch öffentliche Mittel eine besondere Bedeutung. Das FamFG enthält hier durch unterschiedliche Verweisungsregeln eine sachlich nicht gebotene Komplikation bei den Verfahrensvorschriften.

In den Verfahren nach dem FamFG tritt an die Stelle der Prozesskostenhilfe künftig die *Verfahrenskostenhilfe* (§ 76 FamFG), während in den Ehe- und Familienstreitsachen §§ 76 ff. FamFG von der Anwendung ausgenommen sind und die Anwendung der ZPO unmittelbar aus der Generalverweisung des § 113 I FamFG folgt. In den Ehe- und Familienstreitsachen gelten folglich nicht die abweichenden Regeln der §§ 77, 78 FamFG. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht zu erkennen. Allerdings wird aufgrund des Ziels einer einheitlichen Begrifflichkeit (§ 113 V FamFG) auch in den Ehe- und Familienstreitsachen die Prozesskostenhilfe durch die Verfahrenskostenhilfe ersetzt.

§ 76 FamFG ist eine der Vorschriften, die im Gesetzgebungsverfahren grundlegend verändert worden sind. In seiner ersten Fassung hatte der Entwurf in Absatz 2 noch eine Sonderregel für die von Amts wegen eingeleiteten Verfahren vorgesehen. Der Rechtsausschuss hat den Einwand des Bundesrates aufgegriffen, dass diese Sonderregeln zu weit gefasst seien.[21] Auch in diesen Fällen bleibt es daher bei der Prüfung von Erfolgsaussicht und fehlendem Mutwillen der Rechtsverfolgung.[22] Spätestens mit dieser Änderung war ein Bedürfnis für besondere Verweisungsregeln bei den Familienstreitsachen entfallen. Nach der Gesetz gewordenen Fassung verweist § 76 I FamFG im Wesent-

[20] Vgl. Zöller/*Philippi* (Anm. 15), § 118, Rn. 10.

[21] BT-Drs. 16/6308, S. 370.

[22] BT-Drs. 16/9733, S. 360 (zitiert nach der elektronischen Vorab-Fassung).

lichen auf eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO. Es bleibt im Ergebnis bei der generellen Verweisung, wenn auch § 77 FamFG für Teile des Bewilligungsverfahrens die – gleichlautenden – Regeln aus der ZPO ersetzt. Für die *Anwaltsbeiordnung* gibt es hingegen eine wichtige *Ausnahme*: Ist eine anwaltliche Vertretung nicht vorgeschrieben, ist ein Rechtsanwalt nur dann beizuordnen, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage eine anwaltliche Vertretung erforderlich erscheint (§ 78 II FamFG). Folglich beurteilt sich die notwendige Beiordnung eines Rechtsanwalts vor allem in Umgangs- und Sorgerechtsstreitigkeiten nur nach sachlichen Kriterien – nämlich nach der schwierigen Sach- und Rechtslage –, nicht nach der Schwere des Eingriffs in Rechtspositionen der Beteiligten.[23] Damit hat der Gesetzgeber zugleich eine alte Streitfrage entschieden: Allein der Umstand, dass ein anderer Beteiligter anwaltlich vertreten ist, gebietet es abweichend von § 121 II 2. Alt. ZPO nicht, auch den anderen Beteiligten unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit einen Rechtsanwalt beizuordnen. In Ehe- und Familienstreitsachen beurteilt sich der Anspruch auf Beiordnung eines Rechtsanwalts unmittelbar aus § 121 ZPO und steht angesichts des bestehenden Anwaltszwangs (§ 114 I FamFG) außer Frage.

Im Zusammenhang mit dem Antrag auf Verfahrenskostenhilfe ist die Ergänzung in *§ 117 II 2 ZPO* hervorzuheben.[24] Das Gesetz ermöglicht es künftig, die Erklärung zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen ohne Zustimmung des Antragstellers der Gegenseite zu übermitteln, sofern materiell-rechtlich ein Auskunftsanspruch über Einkünfte und Vermögen besteht. Damit soll eine größere Gewähr der Richtigkeit bei der Feststellung der wirtschaftlichen Voraussetzungen (§§ 115, 177 II ZPO) erreicht werden. Der dabei vorausgesetzte materiell-rechtliche Auskunftsanspruch über das Einkommen besteht allerdings nur im Zusammenhang mit Unterhaltsansprüchen und auch nur dann, wenn diese Gegenstand des Verfahrens sind.[25] Die praktische Er-

[23] BT-Drs. 16/6308, S. 214. In Betreuungs- und Unterbringungssachen soll die Interessenvertretung durch den Verfahrenspfleger (§§ 276, 317) gewährleistet werden; zu den Voraussetzungen vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.05.2006 – 1 BvR 430/03, FamRZ 2007, S. 1876; zum Vaterschaftsfeststellungsverfahren BGH, Beschluss vom 11.09.2007 – XII ZB 27/07, FamRZ 2007, S. 1968.

[24] Im Referentenentwurf war diese Vorschrift als Sonderregelung in § 106 IV FamFG vorgesehen.

[25] BT-Drs. 16/6308, S. 325: „Wenn der Gegner auf die Kenntnis der Angaben, die Gegenstand der Erklärung des Antragstellers sind, ohnehin einen zivilrechtlichen Anspruch hat, erscheint es verfahrensökonomisch, den Gegner sogleich in das Verfahren einzubeziehen […]“. Zu beachten sind die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des keineswegs schrankenlos bestehenden Anspruchs (vgl. § 1605 I 1 BGB: „soweit […] erforderlich“ und die Ausübungssperre in § 1605 II BGB).

fahrung zeigt, dass in diesen Verfahren das Bedürfnis für eine zusätzliche Kontrolle der Angaben zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen gering ist. Diskrepanzen zum prozessualen Sachvortrag fallen regelmäßig auf. Weitaus größer ist das Interesse daran, die Angaben zum Antrag auf Verfahrenskostenhilfe in die sachliche Auseinandersetzung einzuführen. Oft trifft man hier auf Zahlen, die aktueller und vollständiger sind, als sie der Gegenseite in der Auskunft mitgeteilt wurden. Wird die Erklärung zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Gegenseite übermittelt, ist ohnehin zu erwarten, dass die Informationen in das Verfahren eingeführt werden. Die Erklärung zu den wirtschaftlichen Verhältnissen kann die wechselseitig bestehende Auskunftspflicht[26] ergänzen – insofern würde sie ein materiell-rechtliches Informationsbedürfnis erfüllen. Darin dürfte auch das eigentliche Interesse an einer solchen Verfahrensweise liegen. Wer aber etwas zu verbergen hat, wird in Kenntnis dieser Umstände auf übereinstimmende Angaben achten oder von einem Antrag auf Verfahrenskostenhilfe absehen. Unabhängig davon, ob dieses Informationsrecht nur verfahrensrechtlich oder im Zusammenhang mit § 235 III FamFG auch materiell-rechtlich gesehen wird, macht die Pflicht, den Antragsteller zuvor anzuhören, das Verfahren wenig praktikabel. Die damit verbundenen Verzögerungen im gerichtlichen Verfahren lassen daran zweifeln, ob sich die Vorschrift in der Praxis durchsetzen wird.

Exkurs II: Die einstweilige Anordnung

Statt eines Antrags in der Hauptsache können Unterhalt oder ein Prozesskostenvorschuss (§§ 1360a IV, 1361 IV S. 4 BGB)[27] im Wege einer einstweiligen Anordnung geltend gemacht werden. Hierfür bedarf es weder eines besonderen, dringenden Bedürfnisses (§ 246 FamFG), noch ist – anders als bisher nach § 644 ZPO – die gleichzeitige Einreichung einer Klage oder zumindest eines PKH-Gesuchs erforderlich.[28] Für andere Verfahren regelt § 49 FamFG die Befugnis, durch eine einstweilige Anordnung vorläufige Maßnahmen zu treffen, setzt aber das dringende Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden voraus.

Es handelt sich stets um ein *eigenständiges Verfahren*, das unabhängig vom Verfahren zur Hauptsache betrieben werden kann (§ 51 III 1 FamFG). Mit dem

[26] Vgl. zur Pflicht, ungefragt über Einkommensänderungen zu informieren BGH, Urteil v. 16. April 2008 – XII ZR 107/06, FamRZ 2008, S. 1325 m. Anmerkung *Helmut Borth*; künftig ausdrücklich § 235 III FamFG.

[27] BT-Drs. 16/6308, S. 259; die entsprechende Regelung in § 127a ZPO entfällt.

[28] Weitere Sonderregeln für die Zeit vor der Geburt eines Kindes und in Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft enthalten §§ 247, 248 FamFG.

Antrag kann entsprechend der geltenden Rechtslage[29] zeitlich unbegrenzt der volle Unterhalt[30] verlangt werden. Für jede einstweilige Anordnung muss allerdings ein dem Verfahrenszweck entsprechender Regelungsbedarf bestehen. Dieser fehlt für Ansprüche auf rückständigen Unterhalt, die in diesem Verfahren daher nicht durchgesetzt werden können.[31]

Nach § 114 IV Nr. 1 FamFG bedarf es im *Verfahren der einstweiligen Anordnung keiner anwaltlichen Vertretung*. Nach der Gesetzesbegründung soll die Regelung zwar dem bisher geltenden Recht entsprechen,[32] enthält aber durch die Trennung der einstweiligen Anordnung vom Hauptsacheverfahren in Ehesachen eine weitere Ausnahme vom Anwaltszwang. Nach § 620a I 2 i.V.m. § 78 III ZPO konnte in einer Ehesache zwar der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne anwaltliche Mitwirkung gestellt werden. Diese Ausnahme galt nach herrschender Meinung jedoch nur für das schriftliche Verfahren, nicht aber für den Antrag auf mündliche Verhandlung und die Verhandlung selbst.[33] Künftig sind *alle Verfahrensabschnitte vom Anwaltszwang ausgenommen*. Für das selbständige Unterhaltsverfahren ändert sich nichts, da für dieses Verfahren bisher in der Hauptsache keine anwaltliche Vertretung vorgeschrieben war.

Die Entscheidung über den Antrag soll nach mündlicher Verhandlung ergehen, wenn dies „*geboten erscheint*" (§ 246 II FamFG). Die Gesetzesbegründung betont zwar die Bedeutung der mündlichen Verhandlung. Sie soll der Regelfall sein – dies kommt jedoch in dieser Deutlichkeit im Gesetz nicht zum Ausdruck. Nach dem Wortlaut der Norm erscheint die mündliche Verhandlung eher als fakultativ. Die besondere Bedeutung der mündlichen Verhandlung hätte sich in der Gesetzesfassung widerspiegeln sollen. Ist die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergangen, kann der Unterhaltsschuldner wie bisher einen Antrag auf mündliche Verhandlung stellen (§ 54 II FamFG). Aufgrund dieser Verhandlung ist dann erneut zu entscheiden. Das Verfahren soll auf der Grundlage der besseren Erkenntnismöglichkeiten in der mündlichen Verhandlung zu einer neuen Beschlussfassung führen. Es handelt sich um eine besondere Form des Rechtsbehelfs, über den die Beteiligten dann auch nach § 39 FamFG zu belehren sein werden.[34] Der Beschluss ist in Unterhaltssachen

---

[29] Zöller/*Philippi* (Anm. 15), § 620, Rn. 57.

[30] Vgl. AG München, Beschluss vom 27. Februar 1998 – 553 F 5058/97, FamRZ 1998, S. 1583: 15.000 DM Elementarunterhalt.

[31] *Hans-Joachim Dose*, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 2. Aufl. 2005, Rn. 33.

[32] BT-Drs. 16/6308 S. 224.

[33] *Hans-Joachim Dose* (Anm. 31), Rn. 14; Zöller/*Philippi* (Anm. 15), § 620a, Rn. 9f; a.A. *Peter Finger*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2007, § 620a, Rn. 11.

[34] Die Vorschrift erwähnt zwar nur Rechtsmittel, Einspruch, Widerspruch und Erinnerung, soll aber für alle ordentlichen Rechtsbehelfe gelten; vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 196.

unanfechtbar (§ 57 S. 1 FamFG).[35] Als Korrektiv zur Unanfechtbarkeit bleibt der jederzeit mögliche Antrag auf Abänderung einer einstweiligen Anordnung (§ 54 I 2 FamFG)[36] sowie die ggf. auch von Amts wegen anzuordnende Aussetzung oder Beschränkung der Vollstreckung (§ 55 FamFG).[37]

Durch die Trennung der einstweiligen Anordnung vom Verfahren zur Hauptsache verspricht sich der Gesetzgeber eine vereinfachte Erledigung. Die erste gerichtliche Regelung soll möglichst eine weitere Entscheidung entbehrlich machen.[38] Allerdings schafft die einstweilige Anordnung nur einen Vollstreckungstitel, ohne das diesem zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien verbindlich zu regeln.[39] Ob die in Sorge- und Umgangsstreitigkeiten zu erreichende befriedende Wirkung auch für andere Verfahren gilt und insbesondere in den Streitverfahren ein Verzicht auf die abschließende Entscheidung auf Dauer sinnvoll ist, lässt sich nicht allgemeingültig beantworten. Der Schuldner hat jederzeit die Möglichkeit, durch einen eigenen Antrag nach § 52 II FamFG die Durchführung des Hauptsacheverfahrens und damit u.U. rückwirkend für mehrere Jahre eine endgültige Klärung zu erzwingen.[40] Es handelt sich hierbei um keinen Rechtsbehelf, da die einstweilige Anordnung keine sachlich verbindliche Regelung trifft. Gleichwohl sollen die Beteiligten nach § 39 FamFG auch über dieses Recht ausdrücklich belehrt werden.[41]

Auf einen solchen Antrag hat das Gericht eine *Frist* zu *bestimmen*, innerhalb der der Unterhaltsgläubiger den Antrag auf Einleitung eines Hauptsacheverfahrens oder einen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe zu stellen hat. Diese Frist kann bis zu 3 Monaten betragen, sollte aber in Unterhaltssachen angesichts der Schwere des Eingriffs deutlich kürzer ausfallen und in der Regel 4 Wochen nicht überschreiten. Geht der Antrag nicht fristgerecht bei Gericht ein, ist die *einstweilige Anordnung aufzuheben*. Der unanfechtbare Beschluss hat zur Folge,

---

[35] Mit der Beschwerde (Beschwerdefrist 2 Wochen – § 63 Abs. 2 FamFG) sind nur Entscheidungen über elterliche Sorge, Kindesherausgabe, Gewaltschutzgesetz und Wohnungszuweisung anfechtbar (§ 57 FamFG).

[36] BT-Drs. 16/6308, S. 201f., allerdings mit dem Vorrang des Antrags nach § 54 II FamFG; vgl. zum bisherigen Recht Zöller/*Philippi* (Anm. 15), § 620a, Rn. 2a.

[37] BT-Drs. 16/6208, S. 202; einstweilige Anordnungen unterliegen nur insoweit der Beschwerde, als aufgrund mündlicher Verhandlung über die elterliche Sorge, die Herausgabe eines Kindes bzw. dessen Verbleiben bei einer Pflegeperson, einen Antrag nach dem Gewaltschutzgesetz oder die Wohnungszuweisung entschieden worden ist (§ 57 FamFG).

[38] BT-Drs. 16/6308, S. 201

[39] Zum bisherigen Recht *Hans-Joachim Dose* (Anm. 31), Rn. 42.

[40] BGH, Urteil v. 09.05. 1984 – IVb ZR 7/83, FamRZ 1984, S. 767, 768.

[41] BT-Drs. 16/6308, S. 201.

dass die Grundlage für alle beigetriebenen Zahlungen rückwirkend entfällt.[42] Daraus resultiert ein Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht, dem der Unterhaltsschuldner wiederum mit dem Einwand der Entreicherung (§ 818 III BGB) begegnen kann. Hierfür enthält das FamFG keine eigenständige Vorschrift. Nachdem aber im Unterhaltsverfahren die Rechtshängigkeit eines Abänderungsantrags zu der verschärften Haftung nach § 818 IV BGB führt (§ 241 FamFG), sollte abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des BGH[43] bereits die Zustellung des Antrags auf mündliche Verhandlung (§ 54 II FamFG) oder die Zustellung einer Anordnung nach § 52 II FamFG genügen.[44] In beiden Fällen kann der Gläubiger nicht mehr berechtigterweise darauf vertrauen, dass ihm der im Wege der einstweiligen Anordnung zugesprochene Betrag tatsächlich zusteht.

Auf den rechtzeitig eingegangenen Antrag ist das Hauptsacheverfahren nach den allgemeinen Regeln durchzuführen – und zwar für den gesamten streitigen Zeitraum. Erst dessen Abschluss regelt die Verhältnisse endgültig. Die einstweilige Anordnung bleibt in dieser Zeit in Kraft; die Vollstreckung kann aber wie bislang nach § 620e ZPO durch unanfechtbaren Beschluss ausgesetzt oder beschränkt werden (§ 55 I FamFG).

2. Das erstinstanzliche Verfahren

In den *Ehe- und Familienstreitsachen* verweist das FamFG für die Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens auf die *Anwendung der ZPO*. Damit gestaltet sich das Verfahren in der gewohnten Weise. Es gelten insbesondere §§ 253, 261 ZPO (Inhalt der Klageschrift, Rechtshängigkeit), §§ 272 ff. ZPO (Terminsbestimmung, Einlassungsfristen, Mündliche Verhandlung) und §§ 355 ff. ZPO (Beweisaufnahme). Ausdrücklich werden für die Familienstreitsachen auch die Vorschriften für den Urkunden- und Wechselprozess sowie das Mahnverfahren für anwendbar erklärt – eine im Hinblick auf die erweiterte Zuständigkeit für die sonstigen Streitverfahren notwendige Ergänzung. Andererseits sind in Ehesachen zahlreiche auf den streitigen Zivilprozess zuge-

[42] BGH, Urteil vom 09.05.1984 – IVb ZR 7/83, FamRZ 1984, S. 767, 768; BGH, Beschluss vom 22.03.1989 – IVb ZA 2/89, FamRZ 1989, S. 850.

[43] BGH, Urteil vom 09.05.1984 – IVb ZR 7/83, FamRZ 1984, S. 767, 768. Zum Bereicherungsanspruch vgl. *Hans-Joachim Dose* (Anm. 31), Rn. 86 f.; *Antje Sedemund-Treiber*, in: Kurt Johannsen/Dieter Henrich (Hrsg.), Eherecht – Scheidung, Trennung, Folgen. Kommentar, 4. Aufl. 2003, § 620b ZPO, Rn. 12. Kritisch gegenüber der Rechtsprechung des BGH: *Martin Schwab,* Rückforderung von Ehegattenunterhalt nach einstweiliger Anordnung, FamRZ 1994, S. 1567.

[44] Ebenso *Thomas Roßmann*, Das neue Unterhaltsverfahren nach dem FamFG, ZFE 2008, S. 245, 249 f. (analoge Anwendung).

schnittene Bestimmungen der ZPO nicht anzuwenden. Die Aufzählung in § 113 IV FamFG bringt eine gegenüber den bisherigen Regeln in §§ 611 ff. ZPO sehr viel übersichtlichere Gesetzesfassung.

Das Gesetz enthält einige Neuerungen. Diese betreffen zunächst das *Abänderungsverfahren* (§ 238 FamFG). Künftig ist es auch bei gerichtlichen Entscheidungen möglich, eine Herabsetzung des Unterhalts bereits für die Zeit vor Rechtshängigkeit zu erreichen. So wie eine Erhöhung von dem Zeitpunkt an verlangt werden kann, ab dem nach materiellem Recht Unterhalt für die Vergangenheit geschuldet wird, kann die Herabsetzung von Beginn des auf den Zugang eines Auskunfts- oder Verzichtsverlangens folgenden Monats verlangt werden. Die Sperrfrist von einem Jahr vor Rechtshängigkeit korrespondiert mit der Rechtsprechung des BGH zur Verwirkung von Unterhaltsforderungen[45] und fördert die zügige Umsetzung des Abänderungsverlangens. Die Abänderbarkeit von Vergleichen und Urkunden richtet sich allein nach materiellem Recht.[46] Sie ist nunmehr eigenständig in § 239 FamFG geregelt.

Stimmt der Unterhaltsgläubiger einem Herabsetzungsverlangen nicht alsbald zu, kommt der Unterhaltsschuldner nicht daran vorbei, frühzeitig ein gerichtliches Verfahren einzuleiten. Denn nur bei einem anhängigen Antrag oder einem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe kann er eine *Einstellung der Zwangsvollstreckung* erreichen (§ 242 FamFG). Zwar bringt § 241 FamFG[47] insofern eine Erleichterung, als die Rechtshängigkeit eines auf Herabsetzung gerichteten Abänderungsantrags bereicherungsrechtlich der Klage auf Rückzahlung (§ 818 IV BGB) gleichsteht. Es bedarf also nicht mehr der sofortigen Rückzahlungsklage, um dem Einwand der Entreicherung zu entgehen. Dieser Einwand bleibt dem Unterhaltsgläubiger jedoch für den zwischen Herabsetzungsverlangen und Rechtshängigkeit geleisteten oder im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Unterhalt erhalten.

Erweitert wird auch die *Auskunftspflicht im laufenden Verfahren* (§§ 235, 236 FamFG). Das Gericht war in Unterhaltsstreitigkeiten bisher schon berechtigt, von den Parteien Auskunft über das Einkommen zu verlangen und im Fall der Weigerung solche Auskünfte bei Arbeitgebern, Sozialleistungsträgern und ggf. auch den Finanzämtern einzuholen (§ 643 ZPO). Diese Auskunftspflicht ist

---

[45] BGH, Urteil v. 22.11.2006 – XII ZR 152/04, FamRZ 2007, S. 453; Urteil vom 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, S. 1698; Urteil vom 13.01.1988 – IVb ZR 7/87, FamRZ 1988, S. 370.

[46] Ständige Rechtsprechung seit BGH (Großer Senat), Beschluss vom 04.10.1982 – GSZ 1/82, BGHZ 85, S. 64 = FamRZ 1983, S. 22.

[47] Die Vorschrift ist ein Fremdkörper im Verfahrensrecht, systematisch gehört die Regelung zu § 818 IV BGB.

zunächst um die Befugnis erweitert, von den Parteien persönlich (!) eine *schriftliche Versicherung* zu verlangen, dass diese Angaben wahrheitsgemäß und vollständig sind (§ 235 I 2 FamFG). Es ist unklar, ob sich diese Versicherung auch auf eine vorprozessual erteilte Auskunft erstrecken kann. Das Gesetz bezieht diese Verpflichtung auf „*die Auskunft*", so dass Formulierung und die gesetzliche Systematik sich wohl nur auf die Auskunft nach § 235 I 1 FamFG beziehen dürften.[48] Insofern besteht Klarheit hinsichtlich der weiteren Pflicht der Parteien, während des laufenden Verfahrens ungefragt Veränderungen zu offenbaren. Das Gesetz normiert die selbständige Informationspflicht lediglich für diesen Teilbereich. Nach der eindeutigen Gesetzesfassung besteht die Pflicht nur, wenn das Gericht eine förmliche Anordnung nach § 235 I FamFG erlassen hat. Für alle anderen Fälle fehlt eine entsprechende Verpflichtung im FamFG. Dies sollte aber nicht zu dem Umkehrschluss verleiten, eine solche Pflicht bestehe in anderen Fällen nicht. Die prozessuale Wahrheitspflicht nach § 138 I ZPO[49] gilt allgemein, und materiell-rechtliche Informationspflichten, wie sie nach der Rechtsprechung des BGH auch ohne ausdrückliche Nachfrage bestehen können,[50] bleiben hiervon ebenfalls unberührt.

Anordnungen nach § 235 FamFG sind weder anfechtbar noch können sie mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Wird die Anordnung nicht befolgt, steht dem Gericht stattdessen das bereits erwähnte Recht zu, Auskünfte von Dritten einzuholen (§ 236 FamFG). Diese sind verpflichtet, dem Ersuchen Folge zu leisten. Während es bislang im Ermessen des Gerichts stand, ob es von den ihm nach § 643 ZPO eingeräumten Befugnissen Gebrauch machte, ist es künftig auf den Antrag einer Partei verpflichtet, förmliche Anordnungen nach §§ 235 I, 236 I FamFG zu treffen, wenn eine Partei keine oder eine nur unvollständige Auskunft erteilt hat.

In der Praxis wurde und wird eine gerichtliche Auflage, fehlende Unterlagen nachzureichen, meist befolgt. Steht der Grund des Anspruchs außer Frage, werden Auskunftsverlangen – spätestens nach anwaltlichem Rat – vorprozessual oder im ersten Schriftsatz anerkannt. Streit entsteht oftmals bei der Frage, ob der Anspruch mit den gegebenen Informationen erfüllt ist. Ein Verfahren

---

[48] Vgl. BT-Drs. 16/6908, S. 255: *„Satz 2 ermöglicht es dem Gericht, vom Antragsteller oder dem Antragsgegner eine schriftliche Versicherung anzufordern, dass er die Auskunft wahrheitsgemäß und vollständig erteilt hat."*

[49] Für die FGG-Verfahren enthält § 27 II FamFG eine entsprechende Verpflichtung.

[50] BGH, Urteil vom 16.04.2008 – XII ZR 107/06, FamRZ 2008, S. 1325 m. Anm. *Helmut Borth*; eine allgemeine selbständige Offenbarungspflicht kennt das Gesetz nicht, die Rechtsprechung bindet diese an vertragliche Vereinbarungen oder ein vorangehendes Verhalten, im laufenden Verfahren auch an die prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 ZPO), vgl. *Borth*, FamRZ 2008, S. 1329 m.w.N.

nach § 235 FamFG verspricht in solchen Fällen auch keine weitergehenden Erkenntnismöglichkeiten, als sie bereits heute durch zielgerichtete prozessleitende Maßnahmen zu erreichen sind. Es ist zu bezweifeln, ob die Vorschrift eine wesentliche Entlastung in Unterhaltsverfahren bringen wird.[51]

Nach der Gesetzesbegründung soll diese verfahrensrechtliche Auskunftspflicht zwar zeitaufwändige Stufenklagen vermeiden.[52] Die Unterschiede im Verfahrensablauf sind indes nur marginal. Zunächst einmal bewahrt die Vorschrift die Parteien nicht davor, vorprozessual tätig zu werden. Erst wenn dieses Auskunftsverlangen erfolglos war, kann die Partei ein Unterhaltsverfahren einleiten und dafür die gerichtliche Unterstützung nach § 235 II FamFG erreichen. Vom Gericht ist die andere Partei förmlich zur Auskunft und Vorlage von Belegen aufzufordern. Zur Erledigung ist ihr eine angemessene Frist zu setzen. Die daraufhin eingehenden Informationen sind vom Antragsteller zu prüfen, etwaigen Einwänden ist durch das Gericht nachzugehen. Dies alles geschieht in einem schriftlichen Verfahren, in dem jeweils beiden Seiten rechtliches Gehör zu gewähren ist. Dabei können sich dieselben Meinungsverschiedenheiten über Umfang der Auskunftspflicht und die Vollständigkeit der Angaben ergeben wie bei einer Stufenklage. Denn es darf nicht übersehen werden, dass die Auskunft nur soweit zu erteilen ist, wie die Angaben für die Unterhaltsbemessung von Bedeutung sind.[53] Diese Einschränkung wurde bewusst in das Gesetz aufgenommen. Gegenüber der Stufenklage erspart sich die Partei letztlich die Vollstreckung. Erfahrungsgemäß werden gerichtliche Auflagen auch eher befolgt – sicher ist dies jedoch nicht, zumal das Gesetz keine direkten Zwangsmittel vorsieht.

Die Erweiterung des Auskunftsersuchens auf Dritte läuft auf eine Ermittlung von Amts wegen hinaus und ist ein Fremdkörper im Parteiverfahren. Die entsprechende Regelung in § 643 II ZPO hatte daher kaum eine praktische Bedeutung. Daran dürfte sich auch künftig wenig ändern, zumal das Verfahren sehr aufwändig gestaltet ist. Denn die Auskunft von Dritten kann erst verlangt werden, wenn zuvor ein an die Partei nach § 235 FamFG gerichtetes Auskunftsverlangen erfolglos verlaufen ist. Die Partei muss dabei auf die Möglichkeiten, ergänzende Informationen von Dritten einzuholen, hingewiesen wor-

---

[51] Siehe auch die systematischen Bedenken bei *Frank Klinkhammer*, Stellungnahme zum FamFG-E bei der Anhörung des Rechtsausschusses am 13.2.2008, Anhang zum Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 4, im Internet veröffentlicht unter: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/30_FGG_Teil_II/04_Stellungnahmen/index.html.

[52] BT-Drs. 16/6308, S. 256.

[53] BT-Drs. 16/6398, S. 255.

den sein (§ 235 I S. 4 FamFG). Diese Hinweispflichten unterscheiden das Verfahren von der einfachen, verfahrensleitenden Auflage. Allerdings sieht das Gesetz vor, dass das Gericht auf Antrag tätig werden muss, sofern die Voraussetzungen des § 236 I FamFG vorliegen – es ist ebenfalls ein Novum, dass eine Partei mit ihrem Antrag dem Gericht eine konkrete Verfahrensgestaltung vorgeben kann.

In der Praxis könnte hingegen eher eine Belehrung über die Folgen eines aus grober Nachlässigkeit verspäteten Vorbringens (§ 115 FamFG; entspr. § 621d ZPO) und Nachteile für die nach billigem Ermessen zu treffende Kostenentscheidung (insbes. § 243 Nr. 1, 3 FamFG) zu einer größeren Beschleunigung des Verfahrens beitragen.

3. Der Beschluss

Die augenfälligste Veränderung ist die Form der Entscheidung. Alle *Endentscheidungen* – einschließlich der Ehe- und Familienstreitsachen – ergehen nunmehr einheitlich durch *Beschluss* (§§ 38, 116 I FamFG). An die Stelle des Urteilstenors tritt die *Beschlussformel* (§ 38 II Nr. 3 FamFG). In den Familienstreitsachen kann dieser Beschluss dieselben Inhalte wie ein Urteil (§§ 300 ff. ZPO) haben – u.a. Versäumnis- und Anerkenntnisentscheidung (§ 38 VI FamFG) wie auch Teil-, Grund- oder Vorbehaltsentscheidung.

Jede Endentscheidung ist mit einer *Kostenentscheidung* zu versehen. In Unterhalts- und anderen Familienstreitsachen verweist das Gesetz zwar in § 113 FamFG auf die Anwendung der ZPO[54] – das Kostenrecht ist für Unterhaltsverfahren jedoch wiederum spezialgesetzlich in § 243 FamFG geregelt. Diese Vorschrift vereint die bisher geltenden Regelungen der §§ 91, 92, 93, 93d ZPO. Für Güterrechtssachen und die sonstigen Familiensachen gibt es im FamFG hingegen keine Sondervorschriften. Werden diese Verfahren als selbständige Familiensachen geführt, verbleibt es bei der Anwendung der §§ 91, 92, 97 ZPO (innerhalb des Verbundverfahrens gilt hingegen § 150 FamFG). Anwendungsfreundlicher wären die Konzentration aller Kostenvorschriften in einem Abschnitt sowie der Verzicht auf eine Einbeziehung der ZPO gewesen.

Der Beschluss ist zu begründen, wobei § 38 III FamFG nicht dieselben Anforderungen an den Inhalt stellt wie § 313 II, III ZPO. Das Gericht ist daher in Form und Inhalt der Begründung freier. In Versäumnisentscheidungen und bei nicht streitigen Anträgen der Beteiligten kann es von einer Begründung

[54] Kostenregelungen sind über das ganze Gesetz verteilt. Neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 80-84 FamFG finden sich Sondervorschriften in §§ 87 V, 132, 150, 183, 243, 307, 337 FamFG.

auch absehen. Die *Bekanntgabe* hat auch dann, wenn die Beschlussformel im Termin verlesen worden ist, schriftlich zu erfolgen (§ 41 II 3 FamFG, in Familienstreitsachen §§ 317, 329 ZPO).[55] Diese schriftliche Bekanntgabe ist für den Beginn der Rechtsmittelfrist entscheidend (§ 63 III FamFG). Daher wird bei allen anfechtbaren Entscheidungen die Zustellung der Regelfall sein.

Als weiteres Novum sind alle einen Beteiligten beschwerenden Entscheidungen mit einer *Rechtsbehelfsbelehrung* zu versehen (§ 39 FamFG). Über die in § 39 FamFG ausdrücklich bezeichneten Rechtsbehelfe hinaus gilt dies auch für andere Formen, so bei der einstweiligen Anordnung für den Antrag auf mündliche Verhandlung (§ 54 Abs. 2 FamFG) und den Antrag auf Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache (§ 52 FamFG). Aus der Rechtsbehelfsbelehrung müssen hervorgehen: der jeweils *statthafte Rechtsbehelf*, das für die Einlegung *zuständige Gericht* einschließlich der Ortsbezeichnung sowie *Form und Frist*. Die hierfür verantwortlichen Gerichte haben die organisatorischen Voraussetzungen für die Wahl der jeweils richtigen Belehrung zu schaffen. Es ist zu hoffen, dass sich hier keine neuen Fehlerquellen ergeben, während auf Seiten der Parteien Formfehler künftig keine nennenswerte Rolle mehr spielen sollten.

Die Bedeutung der Rechtsbehelfsbelehrung unterstreicht § 17 FamFG. Danach wird vermutet, dass eine Frist unverschuldet nicht eingehalten wurde, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlte oder fehlerhaft war.[56] Ohne sachliche Notwendigkeit ist § 17 FamFG in Ehe- und Familienstreitsachen nicht anzuwenden (§ 113 I FamFG). Es gilt die allgemeine Verweisung auf die ZPO. Für die Versäumung der Beschwerde- und der Begründungsfrist enthält § 117 V FamFG eine zusätzliche Verweisung auf §§ 233 und 234 I 2 ZPO. Eine klare Struktur sieht anders aus.

4. Rechtsmittel im FamFG

Beschlüsse in Ehesachen und in Familienstreitsachen werden erst mit *Rechtskraft* wirksam (§ 116 II, III FamFG). Das Gericht kann in den Streitsachen (in Unterhaltssachen: „*soll*") die *sofortige Wirksamkeit* anordnen.

[55] § 15 FamFG: Bekanntgabe durch Zustellung entsprechend §§ 166-195 ZPO oder durch Postsendung mit der widerleglichen Vermutung des Zugangs von drei Tagen nach Aufgabe; in Familienstreitsachen Verweisung auf direkte Anwendung der §§ 166 ff. ZPO (§ 113 I FamFG).

[56] Die Vermutung ist widerleglich, wenn eine Partei – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – die für eine effiziente Rechtsverfolgung notwendige Kenntnis hat, vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 183 sowie die dem Gesetz zugrunde liegende Entscheidung des BGH, Beschluss vom 02.05.2002 – V ZB 36/01, NJW 2002, S. 2171, 2174 = BGHZ 150, S. 390.

Das Rechtsmittel des FamFG gegen alle Endentscheidungen ist die *Beschwerde* (58 I FamFG). In den Ehe- und Familienstreitsachen übernimmt die Beschwerde die Funktion der Berufung. Sie ist stets befristet,[57] so dass das FamFG bei den die Instanz abschließenden Entscheidungen nicht mehr zwischen einfacher und sofortiger Beschwerde unterscheidet. Die *Beschwerdefrist* beträgt in der Regel *einen Monat*; lediglich bei Beschwerden gegen eine einstweilige Anordnung und gegen Beschlüsse, deren Gegenstand die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes ist, ist die Frist auf *zwei Wochen* abgekürzt (§ 63 I, II FamFG). Sie beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe der Entscheidung (§ 63 III FamFG); eine mündliche Bekanntgabe setzt die Frist noch nicht in Gang.[58] Durch das noch in der Beratung eingefügte Wort „*jeweils*" besteht kein Zweifel daran, dass der Fristablauf für jeden Beteiligten individuell zu bestimmen ist.

Die klare Grundstruktur ist als ein erster Schritt zu einer Harmonisierung des Rechtsmittelrechts in allen Verfahrensordnungen zu begrüßen. Gleiches gilt für die Befristung des Rechtsmittels, da diese nach einheitlichen Grundsätzen Klarheit über den Bestand einer Entscheidung schafft. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass neben der Beschwerde unverändert noch für Zwischenentscheidungen die sofortige Beschwerde nach §§ 567 bis 572 ZPO und die Erinnerung nach § 11 II RPflG bestehen bleiben. In Registersachen kommen der Einspruch und der Widerspruch hinzu.[59] Bis zu einem einheitlichen Rechtsmittelrecht ist es noch ein weiter Weg.

a) Die Beschwerde

Die Beschwerde ist innerhalb der Beschwerdefrist ausschließlich (!) *beim erstinstanzlichen Gericht einzulegen* (§ 64 I FamFG). Es handelt sich um eine unverzichtbare Zulässigkeitsvoraussetzung, die nicht durch eine Einlegung des Rechtsmittels beim Beschwerdegericht[60] umgangen werden kann.[61] Unabhän-

[57] Die unbefristete Beschwerde bleibt in Grundbuch- und Schiffsregistersachen erhalten.

[58] Darüber hinaus enthält § 63 III 2 FamFG eine an § 517 ZPO angelehnte Auffangfrist, nach der die Frist spätestens fünf Monate nach Erlass der Entscheidung beginnt, wenn die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden kann. Diese Frist betrifft nicht die Fälle, in denen ein materiell-rechtlich Beteiligter versehentlich nicht hinzugezogen worden ist (BT-Drs. 16/9733, S. 356).

[59] Das Kostenrecht enthält in §§ 57 ff. FamGKG wiederum eigene Vorschriften zur Erinnerung/Beschwerde.

[60] Beschwerdegericht ist das Oberlandesgericht in allen Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ausgenommen sind die Freiheitsentziehungssachen und die Betreuungssachen; in diesen ist das Landgericht als Beschwerdegericht zuständig (§§ 72 I 2, 119 I Nr. 1 a) und b) GVG).

gig von einer möglichen Abhilfebefugnis ist dies in jedem Fall sinnvoll, weil durch nur noch einen Adressaten von vornherein eine potentielle Fehlerquelle ausgeschaltet wird. Das erstinstanzliche Gericht behält die Kontrolle über alle Rechtsmittel und kann damit ohne weiteren bürokratischen Aufwand die Rechtskraft einer Entscheidung feststellen. Für die Partei ergibt sich hieraus jedoch ein potentielles Risiko in den Verfahren, in denen das Gericht zu einer Abhilfe seiner Entscheidung nicht befugt ist. Es wird das Rechtsmittel in solchen Verfahren nicht selbständig auf formale Mängel (ordnungsgemäße Vertretung, fehlende Unterschrift, unvollständige Unterlagen bei einem Antrag auf Verfahrenskostenhilfe) überprüfen. Solche Mängel lassen sich möglicherweise nicht mehr fristgerecht reparieren, wenn sie erst durch das Beschwerdegericht festgestellt werden. Dieser Nachteil wird durch die Rechtsbehelfsbelehrung jedoch mehr als aufgewogen.

Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung muss in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten der *Beschwerdewert* von *600 Euro* überschritten werden (§ 61 I FamFG). Dieser § 511 II ZPO entnommene Wert gilt einheitlich für alle Verfahren. Abweichende Beschwerdewerte im Hausratsverfahren und bei anderen Entscheidungen gehören damit der Vergangenheit an.[62]

Das Zulässigkeitshindernis der zu geringen Beschwer kann durch die *Zulassungsbeschwerde* überwunden werden (§ 61 III FamFG). Das erstinstanzliche Gericht hat die Beschwerde zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, also Rechtsfragen mit einem über den Einzelfall hinausreichenden Stellenwert oder auch Fragen von besonderem tatsächlichen bzw. wirtschaftlichen Gewicht zu beurteilen sind.[63] Das gleiche gilt, wenn eine Entscheidung des Beschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn es zu einzelnen Rechtsfragen noch keine gefestigte Rechtsprechung gibt oder das erstinstanzliche Gericht nicht nur in einem Einzelfall von einer obergerichtlichen Rechtsprechung abweichen will.

Über die Zulassung hat das erstinstanzliche Gericht aufgrund seiner freien Überzeugung zu entscheiden. Eines Antrags der Parteien bedarf es nicht, kann sich aber als Anregung empfehlen. Die Zulassung selbst ist in die Beschlussformel aufzunehmen; die Nichtzulassung kann nicht selbständig mit der Be-

[61] Ein beim Beschwerdegericht eingegangenes Rechtsmittel wäre unverzüglich an das erstinstanzliche Gericht weiterzuleiten. Der Zeitpunkt des Eingangs bei diesem Gericht ist für die Wahrung der Beschwerdefrist maßgeblich.

[62] BT-Drs. 16/6308, S. 204; vgl. bereits §§ 91a, 99 Abs. 2 ZPO, die eine Anfechtung der Kostenentscheidung nur dann zulassen, wenn der Wert nach § 511 ZPO überschritten ist.

[63] *Peter Gummer/Hans-Joachim Heßler*, in: Zöller (Anm. 15), § 511, Rn. 37.

schwerde angefochten werden. Das Beschwerdegericht ist an die Zulassung gebunden, sofern der Wert von 600 Euro nicht erreicht wird (§ 61 III FamFG). Damit hat das FamFG die Vorschriften des Berufungsrechts (§ 511 IV ZPO) auf alle vermögensrechtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen. Die Bedeutung der Zulassungsbeschwerde dürfte für die Familienstreitsachen gering sein, nicht aber für die ebenfalls wertabhängigen Rechtsmittel in Kostensachen. Bei Entscheidungen des Rechtspflegers über die Nichtzulassung ist die Erinnerung nach § 11 RPflG gegeben.[64]

Die Beschwerde muss bestimmten *Mindestanforderungen* genügen. Sie muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen und vom Beschwerdeführer bzw. seinem Bevollmächtigten unterschrieben sein. Die Beschwerde kann durch einen Schriftsatz oder zur Niederschrift bei der Geschäftsstelle des erstinstanzlichen Gerichts eingelegt werden (§ 64 II FamFG). Damit ist ein Beteiligter befugt, auch dann persönlich Beschwerde einzulegen, wenn das Verfahren ansonsten dem Anwaltszwang unterliegt; § 114 IV Nr. 6 FamFG verweist auf § 78 III ZPO (den bisherigen § 78 V ZPO).[65] Eine § 571 III Nr. 1 ZPO entsprechende Beschränkung[66] ist nicht vorgesehen und erschließt sich auch nicht aus der Begründung.[67] Die Beschwerdeschrift muss zudem die Erklärung enthalten, dass gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt werde (§ 64 II FamFG). Es wird aber genügen, wenn sich das Ziel, ein Rechtsmittel einzulegen, zweifelsfrei aus dem Inhalt der Beschwerdeschrift erschließt. Von dem Gebrauch des Wortes „Beschwerde“ hängt die Zulässigkeit nicht ab.[68] Über die einzuhaltenden Formvorschriften sind die Beteiligten zu belehren (§ 39 FamFG).

---

[64] BT-Drs. 16/6308, S. 205.

[65] In § 78 ZPO werden alle die Familiensachen betreffenden Vorschriften (Absatz 1 Satz 5, Absätze 2 und 3) gestrichen und Absatz 4 sprachlich angepasst. Die Absätze 5 und 6 werden Absatz 3 und 4 (Art. 29 Nr. 3 FGG-RG). Zur Beschwerdebefugnis vgl. *Philippi* (Anm. 15), § 620a, Rn. 9 zum Anwaltszwang bei der einstweiligen Anordnung in Ehesachen; *Max Vollkommer*, in: Zöller (Anm. 15), § 78, Rn. 48 zu den (teilweise umstrittenen) Rechtsfolgen; die Ausnahme vom Anwaltszwang gilt aber nur für die Prozesshandlung, nicht für das weitere Verfahren, so auch *Christoph v. Mettenheim*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (Anm. 33), § 78, Rn. 74.

[66] Vgl. zur Bedeutung der Einschränkung für den Anwaltsprozess auch § 569 II 2 ZPO in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, dazu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1980 – 16 WF 136/80, FamRZ 1981, S. 379 und BGH, Beschluss vom 12.05.1982 – IVb ZB 10/82, FamRZ 1982, S. 788.

[67] BT-Drs. 16/6308, S. 224.

[68] BGH, Beschluss vom 25.11.1986 – VI ZB 12/86, NJW 1987, S. 1204; BGH, Urteil vom 19.11.1997 – XII ZR 1/96, NJW-RR 1998, S. 507 (zu § 519 ZPO).

Es besteht kein genereller Zwang, die *Beschwerde* zu *begründen*. Das Rechtsmittel „*soll*" zwar begründet werden (§ 65 I FamFG). Dies ist in den meisten Fällen auch geboten, weil es für das Beschwerdegericht nicht immer nachvollziehbar ist, welche Gründe gegen die erstinstanzliche Entscheidung vorgebracht werden sollen und welches Ziel mit der Beschwerde erstrebt wird. Unter dem Eindruck der erstinstanzlichen Entscheidung muss dieses Ziel nicht zwingend mit dem ursprünglichen Antrag übereinstimmen. Eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist die Begründung jedoch nicht.[69] Insofern besteht eine Übereinstimmung mit § 571 ZPO – ein sachlicher Grund, von dem Begründungserfordernis abzusehen, ist jedoch nicht zu erkennen. Von jemandem, der sich gegen eine gerichtliche Entscheidung wendet, kann erwartet werden, dass er zumindest kurz darlegt, aus welchen Gründen er diese für unrichtig hält. Die positiven Erfahrungen mit der befristeten Beschwerde in Umgangs- und Sorgerechtsverfahren[70] hätten allgemein für das Beschwerdeverfahren nutzbar gemacht werden können. Zwar bleibt dem Gericht bei einer fehlenden Begründung die Möglichkeit einer Fristsetzung nach § 65 II FamFG. Aber auch wenn diese Frist erfolglos verstreicht, ist das Gericht bei allen von Amts wegen zu führenden Verfahren verpflichtet, die Entscheidung umfassend auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Dies ist besonders misslich, wenn das erstinstanzliche Gericht vor der Übersendung der Akten zu prüfen hat, ob es der Beschwerde abhilft. Daraus ergeben sich weitere Verzögerungen. Eine Pflicht zur – kurzen – Begründung als Zulässigkeitsvoraussetzung hätte dem Ziel eines zügigen, transparenten Verfahrens mehr gedient.

Hingegen sind nach § 117 I, II FamFG bei *Ehe- und Familienstreitsachen* die §§ 520 II 2, 3; 522 I 1, 2 und 4 ZPO entsprechend anzuwenden. Wie im Berufungsverfahren muss der Beschwerdeführer folglich innerhalb von zwei Monaten nach schriftlicher Bekanntgabe einen *bestimmten Sachantrag* stellen und seine *Beschwerde begründen*. Diese Frist kann auf Antrag verlängert werden. Fehlt es an einer rechtzeitigen Begründung, ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Im Gesetz sucht man vergeblich eine Vorschrift, bei welchem Gericht die Beschwerdebegründung einzureichen ist. In § 117 I 3 FamFG fehlt eine Verweisung auf § 520 III ZPO. Nur aus dem Sinnzusammenhang – es besteht keine Abhilfemöglichkeit, die Akten sind unverzüglich zu übersenden und nach § 520 II 2 ZPO ist der Vorsitzende zur Entscheidung über die Fristverlängerung berufen – erschließt sich, dass die *Begründung* fristgerecht *beim Beschwerdegericht eingehen* muss.

[69] BT-Drs. 16/6308, S. 206

[70] Ein Begründungszwang ergibt sich gegenwärtig aus § 621e III i.V.m. § 520 ZPO.

Das erstinstanzliche Gericht hat in der Regel zu prüfen, ob es die Beschwerde für begründet hält. In diesem Fall hat es ihr abzuhelfen. Ansonsten sind die Akten unverzüglich an das Beschwerdegericht zu übersenden (§ 68 I 1, 2 FamFG). Eine *Ausnahme* besteht für alle *Endentscheidungen in Familiensachen*. § 68 I 3 FamFG schließt für diese Entscheidungen eine Abhilfebefugnis aus. Die Entscheidung ist in jedem Fall dem Beschwerdegericht vorbehalten. Diese Regelung folgt dem geltenden Recht (§§ 621e III, 318 ZPO); ob dessen Beibehaltung für alle FGG-Verfahren – namentlich die fehleranfälligen Entscheidungen zum Versorgungsausgleich – zweckmäßig ist, wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht problematisiert.

Das *Beschwerdeverfahren* ist in den Ehe- und Familienstreitsachen als *volle Tatsacheninstanz* ausgestaltet.[71] Es besteht keine Bindung mehr an die erstinstanzlich getroffenen Feststellungen (§ 529 ZPO). Von der Verweisung ausgenommen ist § 522 II ZPO; eine Zurückweisung einer offensichtlich unbegründeten Beschwerde durch einstimmigen Beschluss findet auch in den Familienstreitsachen künftig nicht mehr statt.[72] Einer vergleichbaren Regelung bedarf es nach dem neuen Recht nicht unbedingt, da das Beschwerdegericht in der Verfahrensgestaltung weitaus freier ist als nach geltendem Recht. Zwar sind die Verfahrensvorschriften erster Instanz grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren anzuwenden. § 68 III FamFG lässt es aber zu, dass das Gericht „*von der Durchführung eines Termins, einer mündlichen Verhandlung oder einzelner Verfahrenshandlungen*" absehen kann, wenn hiervon keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind. Die Vorschrift räumt dem Beschwerdegericht auch in den Familienstreitverfahren einen auffallend weiten Gestaltungsspielraum ein. Als Neuerung kann es das Verfahren durch Beschluss einem seiner Mitglieder als Einzelrichter nicht nur zur Vorbereitung, sondern auch zur endgültigen Entscheidung übertragen (§ 68 IV ZPO).[73] Ausgeschlossen ist lediglich die Übertragung auf einen Proberichter, nicht aber die auf einen an das Beschwerdegericht abgeordneten Richter auf Lebenszeit. Angesichts des Stellenwertes, den die – endgültige – Entscheidung durch den Senat für die Parteien hat, sollte von einer Übertragung auf den Einzelrichter nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.[74]

---

[71] BT-Drs. 16/6308, S. 225

[72] Zu dieser Frage siehe die Kontroverse zwischen Bundesrat und Bundesregierung, BT-Drs. 16/6308, S. 372, 412.

[73] § 30 I 3 FGG ließ die Übertragung auf den allein entscheidenden Einzelrichter nur für das Landgericht als Beschwerdegericht zu, vgl. BGH, Beschluss vom 16.04.2008 – XII ZB 37/08, MDR 2008, S. 874.

[74] Vgl. *Bruno Bergerfurth*, Rechtsmittelreform und Scheidungsverfahren, FamRZ 2001, S. 1493, 1495 f.

Im Übrigen schreibt § 117 III FamFG nur einen *Hinweis* für den Fall vor, dass das Beschwerdegericht von einzelnen Verfahrensschritten gemäß § 68 III 2 FamFG absehen will. Mit dem Zusammenspiel dieser Vorschriften soll derselbe Zweck wie in § 522 ZPO erreicht werden[75] – die vereinfachte, zügige Erledigung von offensichtlich unbegründeten Rechtsmitteln. Während aber nach § 522 II 2 ZPO der Partei vorab die Gründe für diese Verfahrensweise mitzuteilen sind, muss der Hinweis nach § 117 III FamFG keinen besonderen Anforderungen genügen. Das Beschwerdegericht könnte sich künftig auch mit der Mitteilung begnügen, dass aus einer mündlichen Verhandlung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten seien und man über das Rechtsmittel in zwei Wochen entscheiden werde. Gegenüber den Parteien ist die beabsichtigte Verfahrensweise nicht unbedingt zu begründen. Es bedarf auch keiner besonderen Frist zur Stellungnahme. Das Gericht kann vielmehr jederzeit im schriftlichen Verfahren entscheiden.

Es handelt sich um eine ambivalente Norm. Zum einen gehört die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss zu den Hauptkritikpunkten nach der ZPO-Reform. Der schriftliche Informationsaustausch ist erfahrungsgemäß unvollkommen. In der mündlichen Verhandlung können jederzeit neue Gesichtspunkte zur Sprache kommen. Daher ist sie in der Rechtsmittelinstanz ein wichtiges Verfahrenselement, deren gleichzeitige Bedeutung für die Akzeptanz richterlicher Entscheidungen nicht unterschätzt werden sollte. Auf der anderen Seite gibt es eine Reihe von Verfahren, für die eine mündliche Verhandlung in zweiter Instanz entbehrlich ist. Auch in solchen Verfahren ist ggf. vorab ein Hinweis zu erteilen, was den Aufwand im Geschäftsablauf erhöht und zu vermeidbaren Verzögerungen führt. Die offensichtlich unbegründeten Rechtsmittel erfordern ebenfalls keine mündliche Verhandlung, jedoch sollte dies der Partei unter Angabe der Gründe vorab mitgeteilt werden. Dem hätte das Gesetz durch eine differenzierende Regelung insbesondere für die Fälle Rechnung tragen können, in denen ein Rechtsmittel zumindest teilweise Erfolg hat.[76]

b) Aufhebung und Zurückverweisung

Grundsätzlich hat das Beschwerdegericht in der Sache selbst zu entscheiden (§ 69 I 1 FamFG). Unter besonderen Voraussetzungen darf es die angefochtene Entscheidung auch aufheben und die Sache an das erstinstanzliche Gericht

---

[75] BT-Drs. 16/6308, S. 412; vgl. auch *Frank Klinkhammer* (Anm. 51), S. 14; demgegenüber kritisch mit beachtlichen Gründen *Ingeborg Rasch,* Verfahren in Unterhaltssachen, FPR 2006, S. 426, 427.

[76] *Ingeborg Rasch* (Anm. 75).

zurückverweisen. Dies ist selbstverständlich, wenn es an einer Entscheidung in der Sache fehlt, weil das erstinstanzliche Gericht ein Zulässigkeitshindernis angenommen hatte. Entsprechendes gilt, wenn die Sache an einem schweren Verfahrensfehler leidet und es zur Entscheidung einer umfangreichen (z.B. die Vernehmung zahlreicher Zeugen) oder aufwändigen Beweisaufnahme (z.B. Sachverständigengutachten bei komplexem Sachverhalt) bedarf. Aber selbst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, bedarf es noch zusätzlich des Antrags eines Beteiligten (§ 69 I 3 FamFG). Ohne einen solchen Antrag wäre die Zurückverweisung unzulässig. Die dem jetzigen Berufungsrecht entnommene Vorschrift (vgl. § 538 II Nr. 1 ZPO)[77] wirkt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders erschwerend. Der Schwerpunkt bei den Verfahrensfehlern liegt im Unterlassen einer von Amts wegen durchzuführenden Aufklärung oder darin, dass wichtiger Tatsachenstoff unberücksichtigt geblieben ist. Insbesondere in den durch laufende Veränderungen gekennzeichneten Familiensachen ist diese Aufklärung besser durch die Familiengerichte mit ihrer größeren Ortsnähe zu leisten. Darüber hinaus sind die Kriterien einer „umfangreichen/aufwändigen Beweisaufnahme" zu unscharf. Denn eine auf einen überschaubaren Punkt bezogene Zeugenbefragung kann unvorhersehbare Weiterungen nach sich ziehen und den erhofften Beschleunigungseffekt in das Gegenteil verkehren. Die Prognose über den möglichen weiteren Verfahrensablauf und die darauf beruhende verfahrensrechtliche Gestaltung gehört zu den zentralen Aufgaben eines Rechtsmittelgerichts. Daher ist es kontraproduktiv, verfahrensleitende Entscheidungen an Parteianträge zu binden. Bei einem Verfahrensfehler kann die Beschlussfassung oft in einem schriftlichen Verfahren erfolgen – fehlt der Antrag in der Beschwerdebegründung, sind weitere Hinweise erforderlich und die Reaktion der Parteien ist abzuwarten. Hieraus ergeben sich Verzögerungen, die doch gerade in den Sorge- und Umgangsverfahren vermieden werden sollen. Wenn das Gesetz dem Beschwerdegericht schon sehr viel Freiheit in der Verfahrensgestaltung einräumt, dann wäre auch mehr Zutrauen angebracht, dass ein Senat mit dem Instrument der Zurückverweisung verantwortungsbewusst umgeht.

Für die Ehe- und Familienstreitsachen verweist § 117 II 1 FamFG unmittelbar auf eine entsprechende Anwendung von § 538 II ZPO. Als lex specialis ver-

[77] Die Möglichkeit der Zurückverweisung ist durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses im Interesse einer Beschleunigung des Verfahrens erheblich eingeschränkt worden (vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 102). Sehen die Parteien von einem Antrag auf Zurückverweisung ab, können sie eine erstinstanzlich verfahrensfehlerhaft unterbliebene Sachaufklärung in die zweite Instanz verlagern – unabhängig vom Umfang und anderen Zweckmäßigkeitsgründen.

drängt die Vorschrift § 69 II FamFG. Bei einer etwas offeneren Regelung in § 69 I FamFG hätte es keiner Sondervorschrift bedurft.

c) *Die sofortige Beschwerde*

Die im 5. Abschnitt geregelte Beschwerde ist nicht das einzige Rechtsmittel im FamFG. Daneben kennt das Gesetz weiterhin die sofortige Beschwerde, die jedoch in diesem Gesetz nicht selbständig geregelt ist. Vor dem Hintergrund des bisher üblichen und in anderen Verfahrensordnungen erhalten gebliebenen Sprachgebrauchs kann dies zu Missverständnissen führen, weil der Begriff der *Beschwerde* das unbefristete, der Begriff der *sofortigen Beschwerde* das befristete Rechtsmittel kennzeichnete.

Die *sofortige Beschwerde* ist das Rechtsmittel in allen Neben- und Zwischenentscheidungen.

In Familiensachen unterliegen der sofortigen Beschwerde:

- Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs (§ 6 FamFG),
- Ablehnung einer Hinzuziehung weiterer Beteiligter (§ 7 FamFG),
- Aussetzung des Verfahrens (§ 21 II FamFG),
- Verhängung eines Ordnungsmittels gegen eine Partei (§ 33 III FamFG),
- Anordnung von Zwangsmaßnahmen (§ 35 V FamFG),
- Berichtigung eines Beschlusses (§ 42 III FamFG),
- Beschlüsse im Verfahrenskostenhilfeverfahren (§ 76 II FamFG),[78]
- Beschlüsse im Vollstreckungsverfahren (§ 87 IV FamFG).

Für die sofortige Beschwerde sind grundsätzlich die Vorschriften der §§ 567-572 ZPO entsprechend anwendbar. Die Beschwerdefrist beträgt damit in der Regel zwei Wochen. Eine Ausnahme besteht bei der Verfahrenskostenhilfe. Hier bleibt es bei der einmonatigen Beschwerdefrist (§ 76 II FamFG i.V.m.

[78] Anträge auf Verfahrenskostenhilfe werden als Nebenverfahren behandelt, sie leiten jedoch ein eigenständiges Verfahren über die Prozessfinanzierung ein. Damit sind Entscheidungen im Rahmen der PKH-Bewilligung wie die Entscheidung über einen Leistungsantrag im Sozialrecht der Rechtskraft fähig, a.A. BGH, Beschluss vom 03.03.2004 – IV ZB 43/03, FamRZ 2004, S. 940 m. ablehnender Anmerkung *Peter Gottwald*.

§ 127 III 3 ZPO). Durch die generelle Verweisung auf § 569 ZPO ist unklar, ob die sofortige Beschwerde fristwahrend auch beim Beschwerdegericht eingelegt werden kann (§ 569 I 1 ZPO). Der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür – die Systematik des Beschwerderechts im FamFG dagegen. In der Praxis ist Adressat der sofortigen Beschwerde regelmäßig das erstinstanzliche Gericht. Dieser Punkt bedarf im Hinblick auf die den Parteien zu erteilende Rechtsmittelbelehrung gleichwohl alsbaldiger Klärung. Die sofortige Beschwerde kann – abweichend von § 64 II FamFG – nur in den in § 573 III ZPO genannten Fällen (kein Anwaltszwang, Entscheidungen über die Verfahrenskostenhilfe sowie durch Zeugen u.a.) zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden. Dies bedeutet vor allem, dass sich ein Beteiligter in Anwaltsverfahren auch bei Einlegung der sofortigen Beschwerde in der Regel anwaltlich vertreten lassen muss, während dies beim Rechtsmittel in der Hauptsache nicht erforderlich ist (§ 114 IV Nr. 6 FamFG i.V.m. § 78 III ZPO n.F., s.o.).

Mit der Verweisung auf § 568 I ZPO besteht künftig in allen FGG-Verfahren eine originäre Zuständigkeit des Einzelrichters. Dies erstreckt sich auch auf die Entscheidungen über die Verfahrenskostenhilfe einschließlich der Prüfung der Erfolgsaussichten in Familienstreitsachen – eine bereits nach geltendem Recht kritisch beurteilte Regelung.[79] Denn die Entscheidung des Einzelrichters hat regelmäßig großen Einfluss auf das Ergebnis in der Hauptsache. Der Gesetzgeber hat es in Kenntnis dieser Umstände bei der beabsichtigten Vereinfachung des Verfahrens[80] belassen und sich bewusst für das Einzelrichterprinzip entschieden.[81]

d) Die Rechtsbeschwerde

Die Entscheidung in Familiensachen ist in der Regel endgültig. Damit entfällt die in Familiensachen gemäß § 26 Nr. 9 EGZPO eigentlich ab dem 1. Januar 2010 eröffnete Nichtzulassungsbeschwerde. Eine Rechtsbeschwerde ist in der Regel nur statthaft, wenn sie vom Beschwerdegericht zugelassen wird (§ 70 I ZPO). Hierfür gelten dieselben Voraussetzungen wie für das erstinstanzliche Gericht. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen bei Rechtssachen von grundsätzlicher Bedeutung sowie zur Fortbildung des Rechts bzw. zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Nach der im Gesetzgebungsverfahren

[79] Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 14.03.2002 – 14 WF 20/02, FamRZ 2002, S. 1268; diese Fälle grundsätzlich als in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht besonders schwierig auf den Senat zu übertragen, dürfte jedoch nicht der Intention des Gesetzes entsprechen; so auch OLG Celle, Beschluss vom 12.06.2002 – 2 W 53/02, NJW 2002, S. 2329; *Peter Gummer,* in: Zöller (Anm. 15), § 568, Rn. 4.

[80] Vgl. BGH, Beschluss vom 11.02.2003 – VIII ZB 56/02, NJW 2003, S. 1875.

[81] BT-Drs. 16/6308, S. 203.

geänderten Fassung ist auch das Rechtsbeschwerdegericht an die Zulassung gebunden (§ 70 II FamFG).

Durch den im Gesetzgebungsverfahren eingefügten § 70 III FamFG ist darüber hinaus in Betreuungs- und Unterbringungssachen sowie Freiheitsentziehungssachen die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnet.

Abweichend vom erstinstanzlichen Verfahren ist die Rechtsbeschwerde weiterhin beim Rechtsbeschwerdegericht – dies ist stets der BGH (§ 133 GVG) – einzulegen. Damit bleiben die Vorteile bei der verfahrenstechnischen Abwicklung ungenutzt, die sich aus der Einlegung eines Rechtsmittels beim judex a quo ergeben. Ohne erkennbare Notwendigkeit verlässt das FamFG das dem Beschwerdeverfahren zugrunde liegende Konzept. Zum Revisionsverfahren gibt es keine formalen Unterschiede (anwaltliche Vertretung, Rechtsbeschwerdeschrift, Begründung; §§ 71 I, II, 114 II FamFG).

Die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ergeht ebenfalls durch Beschluss. Dabei kann das Gericht von einer Begründung absehen, sofern sich die Entscheidung nicht zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eignet (§ 74 VII FamFG) – also in den zulassungsfreien Verfahren –, aber auch dann, wenn es entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts an den Zulassungsvoraussetzungen fehlt. Darüber hinaus eröffnet der ebenfalls noch nachträglich eingefügte § 74a FamFG dem BGH die Möglichkeit, die Rechtsbeschwerde durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, wenn seiner Überzeugung nach die Zulassungsvoraussetzungen fehlen und die Rechtsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat. Er muss hierauf aber zuvor mit einem begründeten Beschluss hinweisen (§ 74a FamFG), ein Verfahren, das §§ 552a, 522 ZPO nachgebildet ist.

III. Fazit

Das neue Recht bringt für die Ehe- und Familienstreitsachen keinen grundlegenden Strukturwandel, sondern nur punktuelle Veränderungen. Dieses wird der Praxis den Übergang erleichtern. Zugleich ist aber festzustellen, dass es ohne Anpassungen im materiellen Recht und ohne ein anderes verfahrensrechtliches Verständnis nicht gelingen wird, die unverändert vom Gedanken des Parteiprozesses beherrschten Streitsachen in das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu integrieren. Auch im neuen Recht bleibt es daher bei einem Nebeneinander unvereinbarer Grundsätze und der gespaltenen Verfahrensordnung. FamFG und ZPO sind allerdings weit stärker miteinander verzahnt,

als es nach dem gegenwärtig geltenden Recht der Fall ist. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Regelungen sind bisweilen nur geringfügig; die Notwendigkeit eigenständiger Vorschriften für das Streitverfahren erschließt sich nicht in jedem Fall. Die über die einzelnen Abschnitte verstreuten Sonderregeln erschweren zudem den Überblick. Damit verbundene Probleme bei der Rechtsanwendung werden sich in der Praxis zwar bewältigen lassen. Es ist aber zu befürchten, dass das Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen im Alltagsgeschäft die Fehleranfälligkeit begünstigt.[82] Bei der engen Verzahnung der Verfahrensordnungen bleibt ein breites Spektrum an Zweifelsfragen, die erwarten lassen, dass das neue Gesetz mehr noch als bisher zum Recht für Spezialisten wird.

[82] *Ingeborg Rasch* (Anm. 75), S. 427.

Verfahrensbeistand und Umgangspfleger
Was ändert die FGG-Reform?

Dirk Hornikel

Der Deutsche Bundestag hat am 27. Juni 2008 in zweiter und dritter Lesung das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) verabschiedet.[1] Kernstück der Reform ist das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG). Neben der grundlegenden Neuregelung der Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird in Buch 2 des Gesetzes das familiengerichtliche Verfahren nach Verfahrensgegenständen gegliedert und in zwölf Abschnitten übersichtlich und anwenderfreundlich gestaltet. Gemeinsam mit dem in Buch 1 enthaltenen Allgemeinen Teil hat der Gesetzgeber das Verfahrensrecht auf den Stand eines modernen Prozessgesetzes gebracht.

Eines der Hauptanliegen der Reform besteht darin, die Stellung des Kindes in einem seine Person betreffenden Verfahren zu stärken. Neben zahlreichen weiteren Regelungen wird dieses Ziel vor allem durch die in § 158 FamFG vorgenommene Regelung des Verfahrensbeistands und die Kodifizierung der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur des Umgangspflegers erreicht. Nachfolgend möchte ich die diesbezüglichen Vorschriften im Einzelnen vorstellen.

---

[1] Inzwischen hat der Bundesrat dem FGG-RG zugestimmt; es wird am 1. September 2009 in Kraft treten (BGBl. I 2008, S. 2586).

I. Der Verfahrensbeistand

1. Vom Verfahrenspfleger zum Verfahrensbeistand

Das FGG-RG erfindet mit der Regelung des Verfahrensbeistands das Rad nicht neu. Vielmehr knüpft § 158 FamFG an den in § 50 FGG geregelten Verfahrenspfleger an.[2] Dessen Funktion im familiengerichtlichen Verfahren wird landläufig als „Anwalt des Kindes" gesehen. Diese Beschreibung ist jedoch ungenau, da der Begriff „Anwalt" suggeriert, der Verfahrenspfleger müsse eine juristische Berufsausbildung durchlaufen haben. Tatsächlich macht das Gesetz keine Vorgaben hinsichtlich der Qualifikation des Verfahrenspflegers. Allerdings besteht die Parallele zum Rechtsanwalt darin, dass der Verfahrenspfleger das Kind – ähnlich wie ein Rechtsanwalt seinen Mandanten – durch das gerichtliche Verfahren begleitet und hierbei dessen Interessen vertritt.

Die familiengerichtliche Praxis hat die Rechtsfigur des Verfahrenspflegers gut angenommen, was durch den kontinuierlichen Anstieg der Bestellungen eindrucksvoll unterstrichen wird.[3] Dessen ungeachtet weist § 50 FGG zahlreiche Unklarheiten auf, die den Gesetzgeber dazu veranlassten, eine umfassende Neuregelung vorzunehmen. Der in § 158 FamFG gewählte Begriff des Verfahrensbeistands soll hierbei dessen Aufgabe und Funktion im Verfahren verdeutlichen und der Abgrenzung zum Verfahrenspfleger in Betreuungs- und Unterbringungssachen dienen.

2. Die Bestellung des Verfahrensbeistands

Der Wortlaut des § 50 I FGG stellt die Bestellung des Verfahrenspflegers in das Ermessen des Gerichts. Nach herrschender Auffassung verdichtet sich dieses zu einer Verpflichtung des Gerichts, wenn das Kriterium der Erforderlichkeit erfüllt ist.[4] § 158 I FamFG beseitigt diese Unklarheit und formuliert die Pflicht zur Bestellung unmissverständlich. Das Gericht muss eine Person auswählen, die persönlich und fachlich dazu geeignet ist, die auf sie übertragenen Aufgaben wahrzunehmen.

[2] Die Vorschrift wurde eingeführt durch das am 1. Juli 1998 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16. Dezember 1997.

[3] So wurden ausweislich der Familiengerichtsstatistik 2006 des Statistischen Bundesamts im Jahr 2006 bundesweit 12.525 Verfahrenspfleger bestellt, was allein gegenüber dem Jahr 2005 (8.765 Bestellungen) eine Zunahme um 42,9 % bedeutet.

[4] *Engelhardt*, in: *Theodor Keidel/Joachim Kuntze/Karl Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum FGG, 15. Aufl. 2003, § 50, Rn. 33.

In § 158 II FamFG sind Konstellationen aufgezählt, in denen die Bestellung des Verfahrensbeistands in der Regel erforderlich ist.[5] Von besonderer Bedeutung ist insoweit, dass ein Verfahrensbeistand regelmäßig erforderlich ist, wenn eine Trennung des Kindes von der Person erfolgen soll, in deren Obhut es sich befindet (§ 158 II Nr. 3 FamFG)[6] und wenn der Ausschluss oder eine wesentliche Beschränkung des Umgangsrechts in Betracht kommt (§ 158 II Nr. 5 FamFG). Sieht das Gericht trotz Vorliegens eines Regelbeispiels von der Bestellung eines Verfahrensbeistands ab, müssen die maßgeblichen besonderen Gründe in der Entscheidung dargelegt werden.

Nach § 158 III 1 FamFG ist der Verfahrensbeistand so früh wie möglich zu bestellen. Hierdurch soll gesichert werden, dass das Kind ab dem Zeitpunkt, in dem das Erfordernis für die Bestellung eines Verfahrensbeistands besteht, mit dessen Unterstützung Einfluss auf das Verfahren nehmen kann. Der Verfahrensbeistand wird mit seiner Bestellung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen, § 158 III 2 FamFG. Die Entscheidung über die Bestellung oder Aufhebung eines Verfahrensbeistands sowie über die Ablehnung einer derartigen Maßnahme ist nach § 158 III 4 FamFG nicht selbständig anfechtbar.[7] Ein Rechtsmittel gegen die Endentscheidung des Gerichts kann hingegen auf eine unrechtmäßige Entscheidung über die Bestellung oder Abberufung eines Verfahrensbeistands gestützt werden.

3. Aufgaben und Vergütung des Verfahrensbeistands

§ 158 IV FamFG regelt erstmals Aufgabenkreis und Rechtsstellung des Verfahrensbeistands. Der Gesetzgeber hatte eine entsprechende Definition bislang unterlassen, was zu erheblichen und in höchstem Maße unbefriedigenden Unterschieden und Unklarheiten in der Rechtsprechung geführt hat.

---

[5] In dem Entwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/6308) war in § 158 II Nr. 1 FamFG die Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind vorgesehen, das das 14. Lebensjahr vollendet hat und dies beantragt. Dieses Regelbeispiel wurde im Verlauf der parlamentarischen Beratungen gestrichen, da der Verfahrensbeistand regelmäßig auf jüngere Kinder zugeschnitten ist und gegebenenfalls andere Regelbeispiele eingreifen. Um einen Gleichlauf zwischen den materiellen Rechten, die dem 14-jährigen Kind zustehen (z.B. das Widerspruchsrecht nach § 1671 II Nr. 1 BGB) und seiner Stellung im Verfahren zu gewährleisten, wurde seine Verfahrensfähigkeit partiell erweitert, § 9 I Nr. 3 FamFG.

[6] Die Formulierung ist weiter gefasst als das entsprechende Regelbeispiel in § 50 II Nr. 2 FGG, das eine Beschränkung auf Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB enthält.

[7] Der Ausschluss der isolierten Anfechtbarkeit verhindert Verfahrensverzögerungen. Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Rechtsfigur des Verfahrensbeistands sind die Rechte der Beteiligten weder durch die Bestellung des Verfahrensbeistands noch durch deren Unterlassen so schwerwiegend beeinträchtigt, dass ein isoliertes Rechtsmittel geboten wäre.

Nach § 158 IV 1 FamFG hat der Verfahrensbeistand das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. Der Begriff des Interesses bringt zum Ausdruck, dass der Verfahrensbeistand sowohl den von dem Kind geäußerten Willen (subjektives Interesse) als auch das Kindeswohl (objektives Interesse) ermitteln muss. Mithin macht der Verfahrensbeistand zwar in jedem Fall den Willen des Kindes deutlich und bringt ihn in das Verfahren ein. Er kann jedoch ohne weiteres darüber hinausgehende Aspekte in seine Stellungnahme einbeziehen und Bedenken gegen den Kindeswillen äußern.[8] Der Verfahrensbeistand informiert zudem nach § 158 IV 2 FamFG das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens. Das Gericht kann diesen Aufgabenkreis erweitern. Soweit nach den Umständen des Einzelfalls hierfür ein Erfordernis besteht, kann der Verfahrensbeistand damit beauftragt werden, Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes zu führen sowie am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitzuwirken, § 158 IV 3 FamFG.[9]

Der Verfahrensbeistand kann nach § 158 IV 5 FamFG im Interesse des Kindes Rechtsmittel gegen eine Entscheidung des Gerichts einlegen. Schließlich stellt § 158 IV 6 FamFG klar, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Hierdurch wird verdeutlicht, dass es sich bei der Bestellung eines Verfahrensbeistands lediglich um einen geringen Eingriff in das Elternrecht handelt.[10]

§ 158 VII FamFG regelt Aufwendungsersatz und Vergütung des Verfahrensbeistands.[11] Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des FGG-RG wurde die im Entwurf der Bundesregierung vorgesehene aufwandsbezogene Vergütung des berufsmäßigen Verfahrensbeistands auf eine Fallpauschale umgestellt. Die Höhe der Vergütung orientiert sich an dem von dem Verfahrens-

---

[8] Dies entspricht zum einen dem nach § 1697a BGB von dem Kindeswohl geprägten materiellen Recht, zum anderen aber auch der eigenständigen Beteiligtenstellung des Verfahrensbeistands im Verfahren.

[9] Der Entwurf der Bundesregierung sah eine Differenzierung zwischen originärem und erweitertem Aufgabenkreis des Verfahrensbeistands nicht vor. Sie wurde im Verlauf der parlamentarischen Beratungen des FGG-RG eingefügt, um eine deutliche Abgrenzung der Aufgaben des Verfahrensbeistands von denen des Gerichts und des Jugendamts zu ermöglichen. Zur Erreichung dieses Ziels hat das Gericht Art und Umfang der Beauftragung konkret festzulegen und zu begründen.

[10] § 158 V und VI FamFG entsprechen in vollem Umfang den bislang in § 50 III und IV FGG und bedürfen daher an dieser Stelle keiner näheren Erläuterung.

[11] § 158 VII 1 FamFG verweist für den Aufwendungsersatz des nicht berufsmäßig handelnden Verfahrensbeistands auf die entsprechende Anwendung des § 277 I FamFG.

beistand wahrgenommenen Aufgabenkreis. Demnach wird der originäre Aufgabenkreis mit 350 Euro, der erweiterte Aufgabenkreis mit 550 Euro vergütet. Die Vergütung gilt auch Ansprüche auf Ersatz anlässlich der Verfahrensbeistandschaft entstandener Aufwendungen sowie die auf die Vergütung anfallende Umsatzsteuer ab. Die Fallpauschale soll dazu dienen, die Abrechnung der Vergütung künftig sowohl für den Verfahrensbeistand als auch für das die Abrechnung prüfende Gericht zu vereinfachen. Mit der Höhe der Pauschalen berücksichtigt der Gesetzgeber zum einen die von dem Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2007 vorgetragenen Befürchtung einer infolge der gesetzlichen Neuregelung eintretenden erheblichen Mehrbelastung der Justizhaushalte der Länder.[12] Zum anderen wird ein Gleichlauf zu der Vergütung des in einem familiengerichtlichen Verfahren tätigen Rechtsanwalts unter Zugrundelegung des Regelstreitwerts von 3.000 Euro hergestellt.

4. Fazit

Die nunmehr vorliegende Neuregelung des Verfahrensbeistands wird zu einer erheblichen Stärkung der Rechte des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren beitragen. Voraussetzungen, Aufgabenkreis und Rechtsstellung des Verfahrensbeistands sind klar und eindeutig definiert, so dass das Kind, das einer fachkundigen Begleitung durch das Verfahren dringend bedarf, nicht mehr auf die höchst unterschiedliche Auslegung gesetzlicher Bestimmungen durch das für seinen Aufenthaltsort zuständige Obergericht angewiesen ist. Darüber hinaus wird die bisherige Rechtslage in erheblichem Umfang dadurch erweitert, dass künftig auch die Bestellung eines Verfahrensbeistands in Abstammungs- und Adoptionssachen ausdrücklich geregelt ist (§§ 174, 191 FamFG). Bedauerlicherweise wird die Regelung angesichts der erheblichen Kritik an der Vergütungsregelung nahezu nicht mehr in ihrer Gesamtheit wahrgenommen. Im Fokus der Kritik steht die Frage, ob eine angemessene Wahrnehmung der Interessen des Kindes unter Geltung der pauschalierten Vergütungssätze noch möglich sein wird. Diese Frage ist nachvollziehbar, muss allerdings auch vor dem Hintergrund beantwortet werden, dass Kosten, die anlässlich einer Verfahrensbeistandschaft anfallen, Verfahrenskosten sind, die grundsätzlich von den Beteiligten – das heißt regelmäßig von den Eltern, sofern ihnen nicht Verfahrenskostenhilfe bewilligt wird – zu tragen sind.

Ich habe großes Verständnis für die aus der Mitte sorgfältig und gewissenhaft arbeitender Verfahrenspflegerinnen und -pfleger vorgetragenen Befürchtungen. Allerdings gehe ich nicht davon aus, dass es fortan allein wegen der Vergütungsregelung zu einer Beeinträchtigung der Qualität der Arbeit der Verfah-

[12] Vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 377.

rensbeistände und somit zu einer Benachteiligung der Kinder im familiengerichtlichen Verfahren kommen wird.

II. Der Umgangspfleger

1. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Es gibt wohl kein familienrechtliches Rechtsinstitut, das mit ähnlichen Unklarheiten behaftet ist wie die Umgangspflegschaft. Dabei handelt es sich – wie der Name ohne weiteres vermuten lässt – schlicht um eine Pflegschaft mit dem Aufgabenkreis der Durchführung des Umgangs. Konkret bedeutet dies, dass das Familiengericht bei schwerwiegenden Umgangskonflikten den Eltern bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB die elterliche Sorge für den Bereich des Umgangs entziehen und dafür einen Ergänzungspfleger einsetzen kann.[13] In der familiengerichtlichen Praxis hat sich gezeigt, dass trotz dieser scheinbar eindeutigen juristischen Ausgangslage eine Vielzahl von Unklarheiten besteht, die vor allem den Zweck der Einsetzung eines Umgangspflegers, seinen Aufgabenkreis und seine Rechte betreffen. Vor diesem Hintergrund war der Gesetzgeber gehalten, die bestehende Rechtsunsicherheit in diesem in hohem Maße sensiblen Bereich zu beseitigen.[14] Dies geschieht nunmehr in § 1684 III BGB.

2. Voraussetzungen und Gegenstand der Umgangspflegschaft

Die Anordnung der Umgangspflegschaft setzt voraus, dass die Wohlverhaltenspflicht nach § 1684 II BGB dauerhaft oder wiederholt erheblich beeinträchtigt wird. Dies beschränkt die Anwendung dieses Rechtsinstituts auf die Fälle, in denen das Umgangsrecht des getrennt lebenden Elternteils von dem betreuenden Elternteil oder der Obhutsperson im Sinne des § 1684 II 2 BGB in erheblicher Weise vereitelt wird. Die bislang erforderliche Schwelle der Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB muss nicht mehr überschritten werden.[15]

---

[13] Vgl. OLG Frankfurt/Main NJW 2000, S. 386; OLG Hamm FamRZ 2002, S. 1585; OLG Frankfurt/Main FamRZ 2004, S. 1311; OLG Karlsruhe JAmt 2000, S. 135; OLG Dresden FamRZ 2002, S. 1588; OLG München FamRZ 2003, S. 1957.

[14] Dies entspricht auch einer Empfehlung des Deutschen Familiengerichtstags (vgl. 15. Deutscher Familiengerichtstag, Brühler Schriften zum Familienrecht, 2004, S. 82 f., 115).

[15] Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, weiterhin auf das Vorliegen einer Gefährdung des Kindeswohls abzustellen. Das Gericht hat die von der Verfassung geschützten Rechtspositionen beider Elternteile auszugleichen. Dem Elternrecht des betreuenden Elternteils steht insoweit das ebenfalls von der Verfassung geschützte Umgangsrecht des

Nach der in § 1684 III 3 BGB vorgenommenen Legaldefinition der Umgangspflegschaft hat sie die Durchführung des Umgangs zum Gegenstand. Sie umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Dem Umgangspfleger wird eine Reihe eigener Rechte eingeräumt, die ihm ein effektives Hinwirken auf den Umgang ermöglichen soll. So kann er bei der Vorbereitung des Umgangs, bei der Übergabe des Kindes an den umgangsberechtigten Elternteil und bei der Rückgabe des Kindes schlicht anwesend sein. Er kann aber auch über die konkrete Ausgestaltung des Umgangs bestimmen. Können sich die Eltern über die Modalitäten des Umgangs nicht verständigen, kann der Umgangspfleger entweder von seinem Bestimmungsrecht Gebrauch machen oder zwischen den Eltern vermitteln. Der Umgangspfleger soll auf diese Weise einen gewissen Druck auf die Eltern erzeugen, um den angeordneten Umgang zu verwirklichen. Er kann jedoch nicht die Herausgabe des Kindes vom betreuenden Elternteil unter Anwendung unmittelbaren Zwangs verlangen.[16]

Die Umgangspflegschaft ist eine Maßnahme, die nicht über einen längeren Zeitraum hinweg sinnvoll ist. Denn entweder werden die Eltern nach Ablauf eines gewissen Zeitraums eine Möglichkeit finden, den Umgang in Wahrnehmung ihrer elterlichen Verantwortung selbst zu regeln, oder es stellt sich heraus, dass sich die Umgangspflegschaft nicht dazu eignet, den Umgang herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund ist die Anordnung nach § 1684 III 5 BGB zu befristen.

Auf die Umgangspflegschaft sind im Übrigen die in §§ 1909 ff. BGB enthaltenen Vorschriften über die Pflegschaft entsprechend anwendbar. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Auswahl der Person des Umgangspflegers von Bedeutung. Das Gericht wird hier vorrangig eine Person, zu der das Kind bereits Bindungen aufgebaut hat, eine Fachkraft einer Beratungsstelle (§§ 1915 I, 1779 II BGB) oder das Jugendamt (§§ 1915 I, 1791b BGB) in Betracht ziehen.

---

anderen Elternteils gegenüber. Zudem ist der Eingriff in das Recht des betreuenden Elternteils von vergleichsweise geringer Intensität, da die Umgangspflegschaft der Durchführung eines familiengerichtlich angeordneten Umgangs dient (vgl. BVerfGE 31, S. 194, 208). Demgegenüber knüpft die nach § 1685 III 2 BGB künftig mögliche Umgangspflegschaft zur Durchführung des Umgangs mit Bezugspersonen des Kindes an die Voraussetzungen des § 1666 BGB an, da hiervon nicht das Verhältnis der Eltern zueinander betroffen ist.

[16] Hält das Gericht die Anwendung unmittelbaren Zwangs für erforderlich, hat es diesen zusätzlich zu der Anordnung der Umgangspflegschaft nach § 90 FamFG anzuordnen. Unter keinen Umständen darf unmittelbarer Zwang gegen ein Kind zugelassen werden, das zur Ausübung des Umgangsrechts herausgegeben werden soll, § 90 II 1 FamFG.

3. Fazit

Die Umgangspflegschaft ist keine Patentlösung für Kinder, deren Eltern sich um den Umgang streiten. Als solche ist sie aber auch nicht gedacht. Sie soll dem Gericht, das über die Ausgestaltung des Umgangsrechts entschieden hat, ein effektives Instrument an die Hand geben, das der Umsetzung der gerichtlichen Anordnung dienen soll. Der Gesetzgeber schafft mit der Kodifizierung der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur die in diesem Bereich dringend erforderliche Klarheit. Die Voraussetzungen senken zwar einerseits die „Eingriffsschwelle“ ab, sind aber so gefasst, dass keinesfalls damit zu rechnen ist, dass die Umgangspflegschaft fortan inflationär angeordnet wird.

Der Vorwurf, das FGG-RG wolle einem „Umgang um jeden Preis“ Vorschub leisten, wobei die Umgangspflegschaft neben der Neuregelung der Vollstreckung von Umgangsentscheidungen in §§ 89 ff. FamFG ein wichtiges Element sei, ist entschieden zurückzuweisen.[17] Das Gericht setzt den Umgangspfleger zur Durchführung einer Umgangsentscheidung ein, die im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens getroffen wurde, in dem das Kindeswohl in umfassender Weise beachtet worden ist. Vor diesem Hintergrund muss der Gesetzgeber dem Gericht ein wirksames Instrumentarium zur Verfügung stellen, um zu verhindern, dass die Beachtung gerichtlicher Entscheidungen zur Disposition der konfliktbehafteten Beteiligten gestellt wird.

[17] In diesem Zusammenhang wurde vor allem kritisiert, die Erzwingung von Umgangskontakten beeinträchtige das Kindeswohl. Der zur Stützung dieses Arguments vorgenommene Verweis auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008 (1 BvR 1620/04, NJW 2008, S. 1287 ff.) greift nicht. Gegenstand der Entscheidung war der in der familiengerichtlichen Praxis höchst selten vorkommende Fall, in dem ein umgangsunwilliger Elternteil unter Androhung eines Zwangsgeldes zum Umgang mit seinem Sohn angehalten werden sollte. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass ein erzwungener Umgang bei dieser Sachlage grundsätzlich nicht dem Kindeswohl dient. Eine allgemeine Aussage, wonach dies in allen Fällen der zwangsweisen Durchsetzung von Umgang – also insbesondere in den Fällen, in denen der betreuende Elternteil den Umgang erschwert oder vereitelt – gilt, lässt sich dem Urteil gerade nicht entnehmen.

„Ein Schritt nach vorn, zwei Schritte zurück"?! – Kritische Anmerkungen zur Installierung des Umgangspflegers und zur Revision der Verfahrenspflegschaft im FGG-RG

Ludwig Salgo

Die geplante Reform des familiengerichtlichen Verfahrens ist zu begrüßen; sie enthält zahlreiche Elemente, die längst überfällig waren. Diese hervorzuheben soll nicht Gegenstand dieser Abhandlung sein. Im Zentrum der nachfolgenden Stellungnahme stehen zwei Bereiche aus dem vom Deutschen Bundestag am 27. Juni 2008 verabschiedeten „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (FGG-

Reformgesetz – FGG-RG).[1] Der Bundesrat hat am 19.09.2008 dem FGG-RG zugestimmt; es tritt am 01.09.2009 in Kraft. Aus der Vielzahl der Neuregelungen sollen zwei – Minderjährige besonders betreffende – Regelungsbereiche aus diesem Reformpaket im Mittelpunkt stehen: der Umgangspfleger (1684 III 3-5 BGB n.F.) und der Verfahrensbeistand (§ 158 FamFG).

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Seit zehn Jahren besteht in Deutschland mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz eine Neuregelung der elterlichen Sorge, des Umgangs sowie die Einführung eigenständiger Interessenvertretung Minderjähriger mittels der Verfahrenspflegschaft (§ 50 FGG). Dies hätte zum Anlass genommen werden können und müssen, sich umfassend mit der Bewährung dieser Reform auseinander zu setzen. Im Gegensatz zum Ausland gibt es in Deutschland sehr wenig Scheidungsforschung. Die seinerzeit von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Begleitforschung[2] ist inzwischen nicht mehr repräsentativ, erfasst nicht die seitherige Entwicklung und ist vor allem zudem erheblicher – auch methodischer – Kritik[3] ausgesetzt.

Abweichend von der bisherigen und bewährten Praxis der Rechtspolitik[4] legte die Bundesregierung dem Parlament mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)"[5] einen Gesetzentwurf vor, der sich an keiner Stelle auf Rechtstatsachenforschung und Rechtsvergleichung berufen kann. Zudem wäre es dringend geboten gewesen, insbesondere für die Entwicklung eines neuen Verfahrens in Kindschaftssachen, sich die Erkenntnisse der in- und ausländischen Scheidungsforschung, insbesondere der Psychologie, der Psychiatrie, der Kinder- und Jugendpsychiatrie sowie der Pädiatrie und der Pädagogik, zu erschließen. Zugegeben: ein

[1] BR-Drs. 617/08.

[2] *Roland Proksch*, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, 2002.

[3] *Kerima Kostka*, Im Interesse des Kindes?, 2004, S. 410 ff. sowie *dies.,* Die Begleitforschung zur Kindschaftsrechtsreform. Eine kritische Betrachtung, FamRZ 2004, S. 1924.

[4] Vgl. etwa die umfangreiche Vorbereitung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes mit Rechtstatsachenforschung, Rechtsvergleichung und mehreren Gutachten aus unterschiedlichen Disziplinen, BT-Drs. 13/4899, S. 50 f.

[5] BT-Drs. 16/6308.

mühsames Geschäft, aber ein Kennzeichen solider Rechtspolitik auf dem Gebiet des Familienrechts.

2. Die Referenzen des FGG-RG – „Erkenntnisse der Wissenschaft“?!

Im Entwurf und in der regierungsamtlichen Begründung findet sich nicht die Spur auch nur eines Versuchs im interdisziplinären Dialog sich des vorgeschlagenen Weges zu versichern, obwohl der Regierungsentwurf vorgibt, dass *„Erkenntnisse der […] Wissenschaft berücksichtigt werden“*.[6] Um welche „Erkenntnisse der Wissenschaft“ es sich dabei handelt, wird an keiner einzigen Stelle des 359 Seiten langen Regierungsentwurfs angegeben. Dies scheint nach Ansicht der Bundesregierung offensichtlich auch gar nicht erforderlich: Ihre explizite und implizite Referenz ist eine völlig andere: Zu den „Leitlinien des Entwurfs“[7] zählt die „Einführung von Elementen des sog. Cochemer Modells“[8]. Nun ist hier nicht der Ort über gute Rechtspolitik unter Einbeziehung von humanwissenschaftlichen Erkenntnissen ausführlich zu referieren. Aber der von der Regierung genannte Bezugspunkt zwingt zu einigen wenigen Anmerkungen: Obwohl das sogenannte Cochemer Modell nach Angaben seines Protagonisten seit 1992/93 praktiziert wird[9] und in *„nahezu allen Fällen“*,[10] *„auch in einschlägigen Fällen der Gefährdung des Kindeswohls nach Maßgabe der Bestimmungen des § 1666 BGB“*[11] hilft, liegt bis zum heutigen Tage keine repräsentative Evaluation durch unabhängige Experten hinsichtlich der Bewährung und der Nachhaltigkeit dieses „Modells“ vor: *„Eine Auswertung […] steht noch aus“*,[12] so *Rudolph*, dennoch: *„Die Nachhaltigkeit […] ist sicher“*.[13] Sozialwissenschaftlich nennt man so etwas Selbstevaluation. Wenn dies die einzige und maßgebliche Studie ist, auf die sich das verabschiedete Reformvorhaben berufen kann, dann muss offensichtlich dieses Modell eine solche Anziehungs- und Überzeugungskraft, einen solchen Charme, eine solche Sogwirkung auf unsere Rechtspolitiker landauf und landab ausgelöst haben, dass alle bewährten Methoden zur Vorbereitung einer so grundlegenden Reform des gerichtlichen Verfahrens mit dem Zauberwort „Cochemer Modell“ außer Kraft gesetzt werden konnten. Lässt sich der Deutsche Bundestag und dessen Rechtsausschuss was vormachen?! Zudem verstößt dieses sogenannte Cochemer Modell gegen elemen-

[6] BT-Drs. 16/6308, S. 164.
[7] BT-Drs. 16/6308, S. 163.
[8] BT-Drs. 16/6308, S. 164.
[9] *Jürgen Rudolph*, Du bist mein Kind, 2007, S. 31.
[10] Ebd.
[11] Ebd., S. 32.
[12] Ebd., S. 57.
[13] Ebd., S. 58.

tare Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips, des Datenschutzes, der Schutzaufträge aus Art. 2 und 6 II 2 GG. *„Seit 1996 musste in den familiengerichtlich getroffenen Regelungen in lediglich zwei Konfliktkonstellationen eine streitige Entscheidung zum Aufenthalt der beteiligten Kinder getroffen werden“*,[14] so *Rudolph*. Dass die Rechtspolitik der Bundesregierung, aber auch mancher Landesjustizminister diesem Zauber erliegt, verwundert kaum: Schwierigkeiten, Leid, Streit um Umgang und Sorgerecht, Kindeswohlgefährdungen, Herausgabestreitigkeiten um (Pflege-) Kinder u.v.a.m. können angeblich zum Verschwinden gebracht werden. Welcher auch um Ressourcen besorgte Rechtspolitiker wird nicht diesen (Heils-) Versprechungen erliegen? Nun, ohne weiteres wäre es möglich, mit relativ geringem Aufwand diese Erfolge und ihre Nachhaltigkeit durch unabhängige Scheidungsfolgenforschung zu evaluieren – dies ist bis heute nicht geschehen. Zudem werden die erfolgreichen Anstrengungen und lehrreichen Erfahrungen zahlreicher, seit vielen Jahren praktizierender Modelle etwa in Berlin, München,[15] Regensburg und an vielen anderen Orten völlig ausgeblendet, die nicht diesen Absolutheitsanspruch des „sog. Cochemer Modells“ erheben. Hinzu kommen die zahlreichen Einwände gegenüber diesem Referenzmodell der Bundesregierung aus Wissenschaft, von Fachverbänden und Praktikern, die alle nicht im Stande waren, zumindest Nachdenklichkeit bei den verantwortlichen Rechtspolitikern auszulösen. Um keine Missverständnisse entstehen zu lassen: Alle auf ein Einvernehmen zielenden Anstrengungen sind sehr zu begrüßen. Nur gibt es Fallkonstellationen, in denen die Wahrung des Kindeswohls[16] und Sicherheitsfragen im Vordergrund stehen müssen und in denen wir nicht um gerichtliche Entscheidungen kommen.

[14] Ebd., S. 57.

[15] So stellt z.B. im Gegensatz zum sogenannten Cochemer Modell der „Leitfaden des Familiengerichts München“ (Stand 05.11.2007) ausdrücklich sicher: *„In bestimmten Fällen, wie häusliche Gewalt und Kindeswohlgefährdung, hat das Gericht die Möglichkeit eines abgeänderten Verfahrens, wie z.B. getrennte Anhörungen, geschlechtsspezifische parteiliche Beratung. Die Sicherung des Kindeswohls und des Opferschutzes hat dabei absoluten Vorrang.“*

[16] Eine Interessenvertretung des Kindes ist im sogenannten Cochemer Modell nicht vorgesehen, zudem wird das Kind nicht angehört.

II. Der Umgangspfleger

1. Statistische Ausgangslage

Statistik der familiengerichtlichen Regelung des Umgangs gem. § 1684 BGB[17]

Jahr	Regelung des Umgangs	mit Scheidung anhängig	abgetrennt	allein anhängig
1999	27.754	2.786	137	24.831
2000	30.547	2.458	219	27.870
2001	31.610	2.477	263	28.870
2002	33.800	2.399	295	31.106
2003	35.156	2.473	384	32.229
2004	36.653	2.648	456	33.549
2005	36.469	2.562	447	33.460
2006	37.628	3.467	408	33.753
2007	38.697	3.183	1.150	35.042

2. „Fakten, Fakten, Fakten“

Es gäbe viele Fragen, die vor einer so umfassenden Reform hätten beantwortet sein müssen: Ob die erwähnten 38.697 im Jahre 2007 erfolgten gerichtlichen Umgangsregelungen in Deutschland unter getrennt lebenden bzw. Ex-Eheleuten oder zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern stattfanden? Ob die wachsende Zahl gerichtlich ausgetragener Konflikte in diesem sensiblen Bereich für ein Mehr an tatsächlich wahrgenommenem Umgang sprechen, ist schwer zu beantworten. Nach der durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz (1998) erfolgten Gleichstellung dieser Elterngruppen im Umgangsbereich war zunächst ein Anstieg der Konflikte eher unter Eltern, die nie miteinander verheiratet waren, erwartet worden. Hingegen berichten Praktiker aus der Familiengerichtsbarkeit, dass sich Umgangskonflikte nach wie vor weit überwiegend unter getrennt lebenden verheirateten oder geschiedenen Eltern abspielen.

[17] Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Familiengerichte, Tabelle 2.1, Lfd. Nr. 17, 2001 ff.

Unabhängig vom gewählten Sorgerechtsmodell leben die allermeisten Kinder getrennt lebender Eltern nach wie vor bei ihren Müttern und so verwundert es wenig, dass weit überwiegend Anträge auf eine gerichtliche Umgangsregelung von Vätern gestellt werden. An der Wahrnehmung der tatsächlichen Verantwortung für die Kinder haben weder in Deutschland noch im Ausland die das gemeinsame Sorgerecht präferierenden Sorgerechtsmodelle bislang in großem Umfang etwas zu ändern vermocht: So leben z.B. in Deutschland von den Kindern, deren Eltern nach einer Scheidung (zu etwa 90%) gemeinsam sorgeberechtigt bleiben, 85% nach wie vor bei den Müttern. Alleinsorge nach Scheidung/Trennung besteht aufgrund übereinstimmenden Antrags bei etwa 5-8% der Eltern, so dass um das Sorgerecht inzwischen nur noch in etwa 2-5% aller Fälle gestritten werden dürfte. Völlig anders sieht es beim Umgangsrecht aus. Zu fragen ist: In wie vielen von den 38.697 gerichtlich ausgetragenen Umgangsstreitigkeiten spielen häusliche Gewalt oder sexueller Missbrauch eine Rolle? Welchen Anteil haben Umgangskonflikte um Pflegekinder,[18] in wie vielen geht Fällen es um den Umgang mit Enkelkindern? Wie alt sind die Minderjährigen in diesen Umgangskonflikten? Werden sie persönlich beim Familiengericht angehört? Welchen Einfluss auf die Gerichtsentscheidungen haben ihre Wünsche?[19] Werden Minderjährigen in Umgangskonflikten qualifizierte Verfahrenspfleger an die Seite gestellt? Wie häufig und welche Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung des Umgangs[20] werden angeordnet und vollstreckt und welche langfristig tragenden Erfolge konnten erreicht werden? Wie ergeht es Kindern bei einer Durchsetzung des Umgangs unter Zwang? Welche (langfristigen) Erfolge erzielen die bereits nach geltendem Recht eingesetzten Umgangspfleger? In welchen Rechtsordnungen hat ein Ausbau der Zwangsmaßnahmen zu welchen kurz- und langfristigen Erfolgen geführt? Welche zusätzlichen Probleme entstehen durch die Verhängung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft (§ 89 FamFG)?[21] Wohin kommen die Kinder während der gegen

---

[18] Hierzu *Ludwig Salgo*, Umgang mit Kindern in Familienpflege – Voraussetzungen und Grenzen, FPR 2004, S. 419.

[19] Siehe *Jörg Fichtner*, § 1684 BGB und die Kindschaftsrechtsreform aus der Sicht des Familiengerichtes, in: Wassilios E. Fthenakis (Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern. Ein Handbuch für die Praxis, 2008, S. 169, 181 ff.; *Michael Kölch/Jörg M. Fegert*, Die umgangsrechtliche Praxis aus der Sicht der Kinder- und Jugendpsychiatrie, FamRZ 2008, S. 1573, 1577.

[20] Hierzu *Bianca Kloeckner*, Die Durchsetzung der Kindesherausgabe und des Umgangsrechts im Elternstreit, 2002.

[21] Bereits kritisch gegenüber der Zwangshaft *Yvonne Gottschalk*, Boykottierter Umgang – zwangsweise Durchsetzung von Umgangsregelungen und Grenzen staatlicher Interventionsmöglichkeiten, FPR 2007, S. 308, 309; *dies.*, Prüfungsumfang im Rahmen der Vollstreckung einer Umgangsregelung, FPR 2008, S. 417.

den Betreuungselternteil verhängten Ordnungshaft[22] – häufig werden sie nicht zum Umgang begehrenden Elternteil gebracht werden können? Wer trägt die nicht geringen Kosten der Unterbringung der Kinder während dieser Ordnungshaft? Generell: Welche Kosten entstehen durch die Ausweitung der Zwangsmaßnahmen und wer trägt diese tatsächlich?[23] Welche Ergebnisse werden durch gerichtlich angeordneten begleiteten Umgang gem. § 1684 IV 3 BGB (eingeführt 1998) erreicht – auch hier liegen wie beim sogenannten Cochemer Modell[24] bislang nur Selbstevaluationen der Anbieter solcher Maßnahmen oder nicht repräsentative Untersuchungen mit geringer Fallzahl vor? Zu allen diesen und zahlreichen weiteren Fragen, die vor Verschärfungen der bereits existierenden Zwangsmaßnahmen und vor der Etablierung des Umgangspflegers (1684 III 3 BGB n.F.) hätten beantwortet sein müssen, gibt es in Deutschland keine repräsentative und wissenschaftlichen Kriterien gerecht werdende Forschung insbesondere zur Nachhaltigkeit solcher Maßnahmen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand spricht vieles dafür, dass die Ausweitung von Zwangsmaßnahmen im Umgangskontext und in zahlreichen Fällen der Einsatz von Umgangspflegern zusätzliche Probleme schafft statt solche zu lösen. Der Staat lässt sich dazu instrumentalisieren, dass aus einer oft nicht günstigen Situation ein Zustand entsteht, der durch staatliche Intervention noch schlechter, ja zu einem das Kindeswohl jetzt tatsächlich gefährdenden wird.

3. Differenzierter Umgang mit dem Umgang?!

Eine differenzierte Einstellung etwa zu Umgang und häuslicher Gewalt, zu Umgang bei Pflege- und Heimkindern, zu Umgang bei hochstreitigem Elternkonflikt und Umgang nach Kindeswohlgefährdung scheint sich in Deutschland in der Fachdiskussion allmählich herauszubilden, von alledem fand sich zunächst kaum etwas im Regierungsentwurf des FGG-RG. In vielen anderen Staaten steht bei häuslicher Gewalt die Sicherheit des Kindes und des betreu-

---

[22] Die Verhängung von Ordnungsmaßnahmen in Sorge- und Umgangssachen (§ 89 I FamFG) wurde auf Empfehlung des Rechtsausschusses dahingehend geändert, dass die Soll-Vorschrift aus dem Regierungsentwurf in eine Kann-Vorschrift umgewandelt wurde.

[23] An die 100.000 € wurden in einem bekannt gewordenen Fall aus Mitteln des Jugendamtes ausgegeben, vgl. *Ludwig Salgo,* Grenzen der Staatsintervention zur Durchsetzung des Umgangsrechts, Anmerkungen zu den Entscheidungen des AG Frankfurt am Main, Abt. Höchst, FamRZ 2004, S. 1995 und des OLG Frankfurt am Main, FamRZ 2002, S. 1585, in: Festschrift für Dieter Schwab, Perspektiven des Familienrechts, 2002, S. 891-910 m.w.N.

[24] Vgl. hierzu *Ludwig Salgo*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum FGG-RG – BT-Drs. 16/6308 vom 13.02.2008, S. 89 ff.

enden Elternteils an erster Stelle und danach erst und an zweiter Stelle – und nur bei Bereitschaft des Gewalt ausübenden Elternteils zur Verantwortungsübernahme – die Regelung des Umgangs.[25] Vergeblich suchte man im Regierungsentwurf des FGG-RG[26] nach entsprechenden Differenzierungen der Konfliktkonstellationen: Weder bei den Änderungen im materiellrechtlichen noch im verfahrensrechtlichen Teil fanden sich die notwendigen Differenzierungen. Immerhin hat der Rechtsausschuss an mehreren Stellen hier den Regierungsentwurf modifiziert.[27]

Es besteht die Gefahr, dass die zahlreichen verschärften Instrumente zur Durchsetzung von Umgang im FGG-RG noch mehr Leid schaffen und eine kaum absehbare Kostenflut auslösen.[28] Wie konnte es zu diesen Missverständnissen kommen, oder handelt es sich sogar um Ignoranz? Dass der Umgang dem Wohl des Kindes dienen soll, nur darüber scheint Einigkeit zu bestehen. Wie trügerisch diese „Einigkeit“ ist, stellt sich nur zu oft alsbald heraus. „Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen“ (§ 1626 III 1 BGB); diesen Ausgangsfall der Gesetzgebung wird man kaum bestreiten können. Die Aussage des Gesetzes dürfte in der Regel in den Fällen noch am ehesten Geltung beanspruchen, in denen nicht die Gerichte oder der staatliche Vollstreckungsapparat zur Umgangsregelung in Anspruch genommen werden: *„Kategorien, die im Normalfall familiären Lebens eine Rolle spielen, sind in (diesen) Verfahren nicht mehr gültig.“*[29] Ob sich darüber hinaus die grundsätzliche Aussage zur Kindeswohldienlichkeit des Umgangs sozialwissenschaftlich belegen lässt, ist eine völlig andere Frage. Deutsche und US-amerikanische sozialwissenschaftliche Studien stimmen darin überein, dass *„nur geringe Vorteile der Kinder [sich abzeichnen], die häufigen Kontakt zu ihren außerhalb lebenden Eltern haben“*[30] und sich *„die Häufigkeit des Kontaktes zum Vater als fast bedeutungslos aus-*

[25] Vgl. *Ludwig Salgo*, Häusliche Gewalt und Umgang, in: Jörg M. Fegert/Ute Ziegenhain (Hrsg.), Hilfen für Alleinerziehende, 2003, S. 108 ff.

[26] BT-Drs. 16/6308.

[27] Vgl. BT-Drs. 16/9733, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 23.06.2008: Wesentliche Veränderungen und Ergänzungen erfuhr der Regierungsentwurf im Rechtsausschuss insbesondere in den §§ 33 I, 89 I, 128 I, 133 I Nr. 2, 154, 156 I 1 und III 3, 157 II 2, 163 III FamFG; vgl. auch die Stellungnahmen insbes. von *Ludwig Salgo*, *Sybilla Flügge* und *Susanne Nothafft* während der Expertenanhörung vom 13. Februar 2008, Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses.

[28] Vgl. nämliche Befürchtung der Bundesländer, die u.a. deshalb eine Streichung des Umgangspflegers gefordert hatten, BT-Drs. 16/6308, S. 400, Nr. 118.

[29] *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1576.

[30] *Mechthild Gödde/Wassilios E. Fthenakis*, Zur Bedeutung des Fortbestandes der Eltern-Kind-Beziehung nach einer elterlichen Trennung und Scheidung: Stand der Forschung, in: Wassilios E. Fthenakis (Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern. Ein Handbuch für die Praxis, 2008, S. 72.

weist".[31] Nicht der Umgang selbst, vielmehr seine Art und Qualität sind das Entscheidende, so ließe sich die Quintessenz der nationalen und internationalen Scheidungsforschung zusammenfassen.[32] Ausschlaggebend für die positive Entwicklung von Kindern nach Elterntrennung ist noch nicht einmal der Umgang, vielmehr gibt den entscheidenden Ausschlag für das Wohlergehen des Kindes die Qualität der Versorgung durch den Betreuungselternteil und die materielle Situation in diesem Haushalt:[33] *„[…] it is the relationship with the primary carer (usually the mother) that is the most important predictor or influence on children´s adjustment"*.[34] Und eben diese für die Kindesentwicklung wichtigste Beziehung wird durch Elemente des FGG-RG bedroht. Dass Umgang unter normalen Umständen für das Kind durchaus positive Wirkungen in vielerlei Hinsicht haben kann, lässt sich ebenso wenig bestreiten, wie dass das Unterbleiben von Umgang keineswegs zwangsläufig zu Fehlentwicklungen führen muss. Indes ist erwiesen, dass bei Misshandlung und Vernachlässigung, bei Konfrontation des Kindes mit häuslicher Gewalt sowie bei fortwährenden schweren Konflikten der Eltern untereinander[35] der Umgang für das Kind zu schwerwiegenden Schädigungen führen kann.[36] Somit müsste die Regelvermutung von der Kindeswohldienlichkeit des Umgangs in den genannten Kontexten (häusliche Gewalt, Kindeswohlgefährdung, bei Heim- und Pflegekindern, unveränderbares hohes Streitniveau der Eltern) in jedem Einzelfall hinterfragt werden. Dies geschieht aber in der Praxis häufig nicht. Vielmehr entstand in den letzten Jahren der Eindruck, dass viele Gerichte im nicht stattfindenden Umgang die Gefahr für die Kinder schlechthin erkannten, massive Gefährdungen durch und beim Umgang hingegen übersahen. Es gibt etliche Todesfälle im Umgangskontext zu beklagen; erhebliche bereits im gerichtlichen Erkenntnisverfahren deutlich erkennbare massive Gefahren wurden ignoriert.

[31] *Gödde/Fthenakis* (Anm. 30), S. 73: globaler in der Literatur berichteter Befund, der nach Meinung der Autoren nicht voreilig als Bedeutungslosigkeit der Beziehung ausgelegt werden dürfte.

[32] *Kostka* (Anm. 3), S. 206 ff.

[33] *Frank Furstenberg/Andrew J. Cherlin*, Geteilte Familien, 1993, S. 112 ff.

[34] *Liz Trinder*, Working and not working contact after divorce, in: Andrew Bainham u.a. (Hrsg.), Children and their Families, 2003, S. 10.

[35] Deutsche Standards zum Begleiteten Umgang, 2008, S. 2: „In einem solchen Streitklima können sich häufige Vater-Kind-Kontakte sogar negativ auf die kindliche Entwicklung auswirken."

[36] *Salgo* (Anm. 25), S. 108 ff.; *Heinz Kindler/Joseph Salzgeber/Jörg Fichtner/Annegret Werner*, Familiäre Gewalt und Umgang, FamRZ 2004, S. 1241 ff.; *Joan Hunt/Ceridwen Roberts*, Child contact with non-resident parents, in: University of Oxford, Department of Social Policy and Social Work (Hrsg.), Family Policy Briefing 3, January 2004, S. 3: *"Where there is abuse or neglect, exposure to domestic violence or severe parental conflict, contact can be extremely damaging to children."*

4. Umgang – das Entstehen eines neuen Industriezweigs?!

Ein ebenfalls in vielen Ländern zu beobachtendes Phänomen ist seit einigen Jahren das Entstehen einer neuen mit Umgang befassten „Industrie", die „Theorien" und „Lösungen" mit Erfolgsrezepten verspricht, Publikationen, Trainingskurse, neue Berufsbilder und Vollstreckungsorgane (z.B. Umgangspfleger, mit besonderen Zwangsmitteln und Befugnissen ausgestattete „special masters" in Einzelstaaten der USA), Richtlinien u.v.a.m. anbietet. In den USA gibt es für das alles Vorbilder, zum Beispiel so genannte Umgangszentren mit wachsamen Marshalls, in denen sich Väter oder Mütter mit ihren Kindern treffen. Am Eingang stehen Metalldetektoren, jeder Quadratzentimeter im Begegnungsraum ist von Kameras erfasst, weil solche Treffen gefährlich sein können. Auch wenn sich erfreulicherweise im FGG-RG wenig hiervon findet, so sind die Zeichen in diesem Reformpaket eindeutig: Wir rüsten im Umgangsbereich gerade nach: „Verschärfung der Sanktionsmöglichkeiten bei Vollstreckung von Kindesumgangsentscheidungen: Einführung von Ordnungsgeld und -haft bei Missachtung gerichtlicher Umgangsregelungen" und „Einführung des Umgangspflegers zur Erleichterung der Durchführung des Umgangs in Konfliktfällen"[37]; hierher gehört auch die Verpflichtung für das Gericht zur Durchführung einer förmlichen Beweisaufnahme (§ 30 III FamFG). Die in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit im Vordergrund stehende Rechtsfürsorge sowie die Tatsache, dass in vielen ihrer Verfahrensarten die Initiative nicht den Beteiligten überlassen ist, machen den Freibeweis für die Freiwillige Gerichtsbarkeit notwendig.[38] Staaten mit adversarialen Verfahren und Prozessordnungen mussten Elemente der Amtsmaxime einführen, um dem Vorrang des Kindeswohls gerecht zu werden.[39]

Statt Einführung des Strengbeweises (§ 30 FamFG) und damit einer zusätzlichen Verschärfung des ohnehin aufgeladenen Streitklimas sollte Richtern genügend Zeit eingeräumt werden, damit sie in Kindschaftssachen umfassend ihrer Verpflichtung zur Ermittlung von Amts wegen (§ 12 FGG, künftig § 26 FamFG) nachkommen können. Hier sind insbesondere interdisziplinäre Schulungen der Richterschaft zu den zahlreichen Dimensionen der Wahrung des Kindeswohls (insbesondere zu Risiko- und Gefährdungsanalysen) erforderlich. Der Deutsche Bundestag hat ein weiteres Mal die Gelegenheit verpasst, im

---

[37] BT-Drs. 16/6308, S. 1 f.

[38] *Walter Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1983, § 21 II, S. 157.

[39] Vgl. hierzu *Ludwig Salgo*, Die Verfahrenspflegschaft in Deutschland, in: *Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza* (Hrsg.), Der Anwalt des Kindes. Ein Europäischer Vergleich zum Recht des Kindes auf eine eigene Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren, 2008, S. 59 ff. und ebd. *Mervin Murch*, Rechtsvertretung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren in England und Wales, S. 3, 6 f.

Rahmen einer bundesrechtlichen Rahmenregelung für die Landesrichtergesetze die Verpflichtung einzuführen, dass am Familiengericht tätige Richter/innen einer Fortbildungspflicht insbesondere in nachfolgenden Bereichen unterliegen: Gesprächsführung (auch mit Kindern), Grundbegriffe der Entwicklungspsychologie, Risikoanalysen im Bereich von Kindeswohlgefährdung und häuslicher Gewalt – wie es der Deutsche Bundestag, zahlreiche Fachverbände und Stimmen aus der Wissenschaft, in Übereinstimmung damit auch das Bundesverfassungsgericht, längst gefordert hatten.[40]

5. Nicht stattfindender Umgang = „Gefährdung des Kindeswohls"?!

Ist ein Kind als ein „erheblich gefährdetes" einzustufen, weil es Probleme mit dem Umgang gibt? Der humanwissenschaftliche Befund ist viel differenzierter. Eine Beziehung zu beiden Eltern ist natürlich wünschenswert und im Normalfall eine Bereicherung für das Kind.[41] Aber es muss die Beziehung wollen. Ideal sind Eltern, die sich nach einer Trennung auf die Bedürfnisse ihres Kindes einstellen, sich friedlich einigen, erforderlichenfalls von sich aus Beratung in Anspruch nehmen und für die Regelung ihrer intimen familiären Angelegenheiten nicht den Staat bemühen. Namhafte Psychologen und Scheidungsforscher stellen fest, dass Umgang lange nicht die Bedeutung hat, die ihm von manchen Gesetzesmachern, Gerichten u.v.a. beigemessen wird. Viel wichtiger ist, dass das Kind zu Hause gut versorgt und betreut wird, keine materielle Not leidet, in Schule und Freundeskreis integriert aufwächst und den Alltag gut bewältigt.[42] Einen sozialen Abstieg durch die Scheidung erleben Kinder als gravierender als einen vorübergehend ausgesetzten, fehlenden oder unregelmäßigen Umgang.

Experten empfehlen sogar eine Aussetzung des Umgangs nicht nur bei häuslicher Gewalt und nicht vorhandener Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme durch den Gewalt ausübenden Elternteil, sondern auch in anderen Fallkonstellationen, solange Eltern ihre Konflikte ungehemmt austragen:

> *„[…] mangelnde Kontakte zum getrennt lebenden Vater [sind] nicht generell mit Belastungen seitens der Kinder verbunden […], ein verminderter Kontakt mag gerade in*

[40] BT-Drs. 8/2788, S. 42; BVerfGE 55, S. 171, 180.

[41] *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1576.

[42] *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1578.

jenen Familien als hilfreicher Ausweg dienen, in denen die Eltern ihre Feindseligkeiten nicht überwunden haben.“ [43]

Gravierende Belastungen solcher Art können bei Kindern zu körperlichen Beschwerden und depressiven bis suizidalen Tendenzen führen, dies ist empirisch nachgewiesen: Während Kinder mit geringem Koalitionsdruck der Eltern von häufigen Kontakten profitieren, ist die Depressivität der Kinder bei häufigen Kontakten zum Vater beträchtlich, wenn der Koalitionsdruck der Eltern hoch ist.[44] Mit welchen Zwangsmitteln des Staates werden Einstellungen der Eltern (Feindseligkeiten) zueinander verändert werden können? Und wie wird es möglich sein, dass die gegen einen Elternteil gerichteten Zwangsmaßnahmen sich nicht auf das Kind auswirken? Schnell fallen Begriffe aus dem militärischen Begriffsarsenal wie „Kapitulation“ – man dürfe nicht „aufgeben“. Den Staat und seine Organe als Inhaber des Gewaltmonopols zeichnet jedoch u.U. auch ein Machtverzicht – Selbstbeschränkung richterlicher Machtausübung – aus:

„Ergibt die Abwägung im Einzelfall, dass das Kind im Falle eines Eingriffs letztlich stärker belastet würde als bei Fortbestand des status quo, so hat eine familiengerichtliche Anordnung zu unterbleiben – die Wächtermacht des Staates ist an ihre Grenzen gestoßen, die vom Obhutselternteil dem Kind zugefügte Interessenbeeinträchtigung ist von diesem als Schicksal zu tragen.“ [45]

Es spricht sogar einiges dafür, dass der Einsatz von Zwang im Umgangsbereich unerwünschte Bumerangeffekte erzeugt und hierdurch langfristig die Chancen für Beziehungen verbaut werden.[46] Unter Anwendung von Zwangsmitteln verstärkt sich die Ablehnung des Kindes und hält oft bis ins Erwachsenenalter an,[47] vor allem, wenn das Kind eigene Gründe für seine Haltung

---

[43] *Sabine Walper*, Kontextmerkmale gelingender und misslingender Entwicklung von Kindern in Einelternfamilien, in: Jörg M. Fegert/Ute Ziegenhain (Hrsg.), Hilfen für Alleinerziehende, Die Lebenssituation von Einelternfamilien in Deutschland, 2003, S. 148, 163.

[44] *Walper* (Anm. 43), S. 153 und *dies.*, Das Umgangsrecht im Spiegel psychologischer Forschung, in: Sechzehnter Deutscher Familiengerichtstag, Bielefeld 2006, S. 100, 108, 121; (erzwungene) Kontakte können unter solchen Umständen „selbst zu einem chronischen Belastungsfaktor werden“, so *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1577.

[45] *Michael Coester*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, 2004, § 1666, Rn. 131.

[46] *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1577.

[47] *Judith S. Wallerstein/Julia M. Lewis/Sandra Blakeslee*, Scheidungsfolgen, Die Kinder tragen die Last, 2002, S. 319.

hat. Handelt es sich „nur" um Beeinflussungen[48] durch einen Elternteil, geben Kinder in den meisten Fällen ihre Ablehnung nach einiger Zeit auf:

> *„Kein Kind aus unserer Studie hatte durchgehend die negative Meinung eines Elternteils über den anderen übernommen. Dennoch nahmen die Kinder, als sie noch jünger waren, zuweilen Partei vor allem für jene Seite, um die sie sich am meisten Sorgen machten oder die sie am meisten bemitleideten. Aber keine dieser Allianzen überdauerte die mittlere Adoleszenz."* [49]

Es ist durch die Scheidungsforschung belegt, dass die Kinder und Jugendlichen dann mit oder ohne Billigung von Mutter oder Vater den Kontakt zum jeweils anderen suchen und finden. Das, was Kinder wollen (auch ältere), scheint für die Rechtspolitik jedenfalls im Umgangskontext aber keine allzu große Bedeutung zu haben.[50] Im Gegenteil: Die Zumutung an den betreuenden Elternteil, den gegen den Umgang stehenden Willen des Kindes mit nahezu allen Mitteln zu brechen, sind sehr hoch: *„ein fehlendes Vertretenmüssen"* (für die ablehnende Haltung des Kindes) wird *„nur dann anzunehmen sein, wenn er im einzelnen darlegt, wie er auf das Kind eingewirkt hat, um das Kind zum Umgang zu bewegen"*,[51] so die regierungsamtliche Begründung. Wo bleibt die Menschenwürde des Kindes, die Beachtung seiner Persönlichkeitsrechte? Auch ihm können Umgangsverweigerungsrechte zustehen. Und: Warum erschwert und untergräbt der Staat die durch Trennung und Scheidung der Eltern ohnehin belastete Eltern-Kind-Beziehung zum Betreuungselternteil zusätzlich? Der Staat mit seinen knappen Ressourcen stellt an dieser Stelle immer mehr Mittel bereit. Millionen werden jährlich für Umgangsbegleitung ausgegeben, allerdings kennen wir den Erfolg dieser Maßnahmen nicht.[52] Welchen Eindruck hinterlässt die zwangsweise Durchsetzung des Umgangsrechts durch den Staat mittels Polizei, Gerichtsvollzieher und Umgangspfleger beim Kind?[53] Dass die *„An-*

---

[48] Es gibt ebenso wenig unbeeinflusste Kinder wie solche Erwachsenen. Sozialisation zeichnet sich dadurch aus, dass Kinder das sozial Erwünschte übernehmen: *„Dieses allgemeine Phänomen kann nicht mit einer willentlichen Instruktion, einem Aufhetzen oder gar mit einer ‚Alienation' gleichgesetzt werden. Es hat vielmehr mit der kognitiv emotionalen Entwicklung von Kindern zu tun"*, so *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1575.

[49] *Judith S. Wallerstein/Julia M. Lewis*, Langzeitwirkungen der elterlichen Ehescheidung auf Kinder, FamRZ 2001, S. 65, 70.

[50] Vgl. hierzu insbesondere *Kölch/Fegert* (Anm. 19), S. 1577.

[51] So die regierungsamtliche Begründung zu § 89 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 218.

[52] Auch *Jörg Fichtner*, Evaluation und Qualitätssicherung bei begleitetem Umgang, in: Wassilios E. Fthenakis (Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern. Ein Handbuch für die Praxis, 2008, S. 510 ff., beantwortet diese Fragen nicht.

[53] Zu den erheblichen emotionalen Belastungen vgl. *Claudia Reinhold/Vanessa Friedrich/Heinz Kindler*, Qualität beobachtbarer Eltern-Kind-Interaktion während begleiteter

wendung unmittelbaren Zwangs gegen ein Kind […] nicht zugelassen werden [darf], wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben" (§ 33 II 2 FGG; § 90 I 1 FamFG), ist ein schwacher Trost, umgehen doch einzelne Gerichte dieses Verbot indem sie bei nicht stattfindendem Umgang eine „Gefährdung des Kindeswohls" i.S.v. § 1666 I BGB unterstellen, was den Einsatz auch von Gewalt gegen das Kind wie gegen den Umgang vereitelnden Elternteil rechtfertigen soll.[54]

6. „Der Umgangspfleger" – Umgehung eines gesetzlichen Verbots?!

Der Bundestag hat § 1684 III BGB um einen dritten Satz erweitert:

> *„Wird die Pflicht nach Absatz 2 dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt, kann das Familiengericht auch eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs anordnen (Umgangspflegschaft). Die Umgangspflegschaft umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Die Anordnung ist zu befristen. Für den Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Umgangspflegers gilt § 277 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend."* [55]

Die ausdrückliche gesetzliche Regelung der Umgangspflegschaft (§ 1684 III 3 BGB)[56] fand in den fachpolitischen Debatten während des Gesetzgebungsverfahrens zum FGG-RG wenig Beachtung.[57] Nach einer telefonischen Befragung des DIJUF werden bereits nach geltendem Recht jährlich etwa 750 Umgangspflegschaften angeordnet.[58] Zunächst hätten diese Fälle penibel nachuntersucht werden müssen, insbesondere hinsichtlich nachhaltiger Erfolge und Kosten: Was haben diese bereits eingesetzten Umgangspfleger langfristig erreicht? Wie sind sie von den betroffenen Kindern/Jugendlichen empfunden worden? Wie verhalten sie sich bei entgegenstehendem Kindeswillen? Wie

---

Umgangskontakte, in: Wassilios E. Fthenakis (Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern. Ein Handbuch für die Praxis, 2008, S. 551.

[54] Vgl. Anm. 23.

[55] BR-Drs. 617/08 v. 29.08.08, S. 127, Art. 50, Nr. 28.

[56] BR-Drs. 617/08 v. 29.08.08, S. 127, Art. 50, Nr. 28.

[57] Vgl. die ablehnende Haltung des Bundesrates, BT-Drs. 16/6308, S. 400, Nr. 118. Die Vergütung des Umgangspflegers gem. § 1684 III 5 BGB ist entgegen der regierungsamtlichen Begründung (BT-Drs. 16/6308, S. 346) nicht pauschaliert wie beim Verfahrensbeistand gem. § 158 VII FamFG.

[58] *Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e.V.*, Hinweise zu den gesetzgeberischen Überlegungen zur Regelung von sog. „Umgangspflegschaften" vom 11. November 2004, JAmt 2004, S. 571, 572.

gehen Umgangspfleger mit ihrer Aufgabe um? Erst nach einer gründlichen Evaluation der bereits praktizierten Umgangspflegschaft und nur bei einem festgestellten Bedarf hätte über die Einführung einer neuen Rechtsfigur, die eigentlich nichts im materiellen Recht zu suchen hat, nachgedacht werden müssen.

Zudem stößt die gesetzliche (angeblich niedrigschwellige[59]) Regelung der Umgangspflegschaft (§ 1684 III BGB) auf schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken: Bei Umgangsregelungen geht es immer auch um Fragen des Kindeswohls und Kindeswillens und nicht nur um den Ausgleich von Rechtspositionen der Eltern untereinander, so dass hier für die mit der Anordnung der Umgangspflegschaft verbundenen faktischen Sorgerechtsbeschränkungen (*„Die Umgangspflegschaft umfasst das Recht [des Umgangspflegers] die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen"*, § 1684 III 2 BGB n.F.) stets die hohe Schwelle der Kindeswohlgefährdung erreicht sein müsste: *„Beschränkungen oder gar Entziehungen bezüglich des Umgangsrechts beeinträchtigen die Eltern-Kind-Beziehung in erheblichem Maße. Dementsprechend sind für derartige Maßnahmen hohe Hürden aufzustellen"*.[60] Das „Hineinregierendürfen" eines fremden Außenstehenden in den Familienalltag setzt eigentlich immer den Entzug entsprechender Rechte des betreuenden Elternteils voraus. Erst wenn erwiesen wäre, dass nicht stattfindender Umgang stets erhebliche Kindeswohlgefährdungen verursacht, könnte auf eine ausdrückliche Feststellung im Einzelfall mit einer generalisierenden Norm verzichtet werden. Wie bereits dargestellt lässt sich eine solche Annahme nicht mit dem derzeitigen humanwissenschaftlichen Erkenntnisstand belegen. Im Gegensatz zum Verfahrenspfleger (künftig Verfahrensbeistand, § 158 FamFG) und im Gegensatz zur Beistandschaft (§ 1712 BGB), deren Bestellungen keinerlei Substanzverlust hinsichtlich verfassungsrechtlich geschützter Elternrechte mit sich bringen,[61] greift ein Umgangspfleger massiv in Elternrechte (und auch in Rechte des Kindes) ein; dies wären Eingriffe, die sich nur wegen erheblicher Kindeswohlgefährdungen rechtfertigen ließen. Immer wieder wird über Umgangspfleger oder Verfahrenspfleger berichtet, die trotz des ausdrücklichen gesetzlichen Verbotes (§ 33 II 2 FGG) nicht davor zurückschrecken, unmittelbar selbst Gewalt gegen das Kind zur Durchsetzung des Umgangs-

[59] So die regierungsamtliche Begründung, BT-Drs. 16/6308, S. 345, zu Art. 50, Nr. 28, und in der Gegenäußerung der Bundesregierung, S. 426, zu Nr. 118 (Art. 50, Nr. 28).

[60] So der Bundesrat, BT-Drs. 16/6308, S. 400, Nr. 118, zu Art. 50, Nr. 28.

[61] So bereits *Ludwig Salgo*, in: Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche. Ein Handbuch für die Praxis, 2002, Rn. 28 ff.

rechts einzufordern[62] oder gar selbst anzuwenden. Selbst die Bundesregierung kann nicht leugnen, dass die Anordnung einer Umgangspflegschaft einen Eingriff in das Elternrecht des betreuenden Elternteils bedeutet.[63] Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 1. April 2008[64] die Kindeswohldienlichkeit von erzwungenem Umgang grundsätzlich in Frage gestellt hat.

Die ausschließliche Aufgabe des „Umgangspflegers" wird es sein, Umgang mit fast allen Mitteln durchzusetzen – zwar bedarf der Umgangspfleger für die Anwendung von unmittelbarem Zwang einer zusätzlichen richterlichen Anordnung gem. § 90 FamFG, die aber der einen Umgangspfleger einsetzende Richter diesem nicht versagen wird. Mit all diesen Instrumenten sollen Väter oder Mütter, die ihre Kinder nicht hergeben wollen, aber auch Kinder und Jugendliche, die Umgang verweigern, noch stärker unter Druck gesetzt werden. In etwa 750 Fällen wird die Umgangspflegschaft jährlich nach geltendem Recht bereits praktiziert,[65] wo bleibt die Evaluation dieser meist fragwürdigen Intervention, bevor sie unter Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen als Regelungsmodell fest im Gesetz verankert wird? Aus dem Umkehrschluss zu § 1685 III 2 BGB ergibt sich, dass für die Anordnung der Umgangspflegschaft gem. § 1684 III 3 BGB die Voraussetzungen des § 1666 I BGB nicht erfüllt sein müssen,[66] dennoch ergeben sich allein durch die Anordnung einer Umgangspflegschaft unbestreitbar zumindest faktische Sorgerechtsbeschränkungen. Mit der neuen Umgangspflegschaft verabschiedet sich der Gesetzgeber vom Grundsatz, dass Eingriffe in das elterliche Sorgerecht erst bei (nicht anders abwendbaren) erheblichen Kindeswohlgefährdungen zulässig sind. Bleibt zu hoffen, dass die Praxis mit größter Behutsamkeit von der Bestellung von Umgangspflegschaften Gebrauch macht, insbesondere dann, wenn Umgang gegen den Kindeswillen durchgesetzt werden soll, was sich aus rechtlichen, fachlichen und ethischen Gründen verbietet.

---

[62] Leider kein Einzelfall, vgl. *Salgo* (Anm. 23), S. 891-910 m.w.N. Gleich gelagerte Fälle sind in jüngster Zeit insbesondere aus dem OLG-Bezirk Brandenburg bekannt geworden.

[63] Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6308, S. 426, zu Nr. 118, Art. 50, Nr. 28.

[64] BVerfG – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, S. 1287.

[65] *DIJu*F (Anm. 58), S. 572.

[66] Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6308, S. 426, zu Nr. 118 (Art. 50, Nr. 28).

III. Verfahrenspfleger (§ 50 FGG) und Verfahrensbeistand (§ 158 FamFG)

1. Statistische Ausgangslage

Über die Entwicklung der Bestellung von Verfahrenspflegschaften gem. § 50 FGG konnte bis zum Jahre 2005 mit Hilfe der Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes[67] berichtet werden. Wie auch in den Jahren zuvor führt die aktuelle Statistik für die Geschäftsjahre 2006 und 2007 unter anderem auf, in wie vielen der in diesen Jahren an den Amtsgerichten abgeschlossenen Verfahren Verfahrenspfleger nach § 50 FGG bestellt waren. Nicht einbezogen sind bis einschließlich 2005 in diese statistische Aussage Verfahrenspflegschaften bei freiheitsentziehenden Unterbringungen Minderjähriger (§ 70b FGG), die der familienrichterlichen Genehmigung gem. § 1631b BGB bedürfen.[68] Beim Blick auf die Gesamtzahl der Verfahrenspflegerbestellungen, die der folgenden Tabelle zu entnehmen ist, fällt sofort auf, dass es offenbar im Vergleich zum Jahr 2005 in den nachfolgenden Jahren einen erheblichen Zuwachs in den Bestellungen gegeben haben soll: Während im Jahr 2005 bundesweit in *8.765* Verfahren ein Verfahrenspfleger nach § 50 FGG bestellt war, sollen für das Jahr 2006 *12.525* und für das Jahr 2007 *13.657* Bestellungen erfolgt sein. Zwar gab es Zuwächse in allen Jahren seit Einführung der Verfahrenspflegschaft im Jahre 1998, diese sind jedoch nicht so sprunghaft und als eine normale, wenn auch auf eine viel zu zögerliche, Bestellpraxis zurückzuführen, liegt doch der jährliche Bedarf für Verfahrenspflegerbestellungen nach vorsichtigen Schätzungen bei etwa 30.000.[69]

---

[67] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Familiengerichte, Fachserie 10/Reihe 2.2, 2006, Tabelle 2.4, S. 29 ff.

[68] Vgl. *Ludwig Salgo,* in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, 2007, § 1631b, Rn. 11 ff., 36.

[69] Zu Bedarfsschätzungen vgl. *Ludwig Salgo*, Zwischenbilanz der Entwicklungstendenzen bei der Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche, FPR 2006, S. 7, 11 m.w.N.

Gesamtzahl der Verfahrenspflegerbestellungen zwischen 1999 und 2007:

	Deutschland	**Früheres Bundesgebiet**	**Neue Länder**
1999	2.544	1.977	567
2000	3.757	2.921	836
2001	5.483	4.409	1.074
2002	6.418	5.132	1.286
2003	7.121	5.577	1.544
2004	7.868	6.174	1.721
2005	8.765	6.917	1.848
2006	12.525	9.855	2.670
2007	13.657	11.600	2.057

Bei der Suche nach Erklärungen für diese deutlichen Zuwächse seit 2006 kamen neben wünschenswerten Faktoren wie gestiegener Akzeptanz der Verfahrenspflegschaft[70] auch schlicht Veränderungen in der statistischen Erhebung in Betracht. Und auf diese wird tatsächlich, wenn auch in allgemeiner Form, in den Vorbemerkungen zur Geschäftsstatistik für das Jahr 2006 hingewiesen.[71] So wird dort formuliert, dass *„einzelne Tabellen […] nicht mit den Ergebnisnachweisungen der Vorjahre vergleichbar"* seien. Entscheidend für die Erhebung der Anzahl der Verfahrenspflegschaften nach § 50 FGG ist die Anmerkung, dass sich *„der Berichtskreis der Verfahrenserhebung in Familiensachen […] vergrößert"* habe. Auf Nachfrage und Bitte um Konkretisierung dieser Angaben gab das Statistische Bundesamt folgende Erklärung:

> *„Gegenüber den Berichtsjahren bis 2005 wird in der Familiengerichtsstatistik seit 2006 ein größerer Berichtskreis abgebildet. Seit 2006 sind in die Verfahrenserhebung auch Verfahren nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz, nach dem Gewaltschutzgesetz*

[70] Vgl. *Salgo* (Anm. 39), S. 59 ff.; *Martin Menne*, Der „Anwalt des Kindes" – Zur eigenständigen Vertretung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, in: Tobias Helms/Jens M. Zeppernick (Hrsg.), Festschrift für Rainer Frank, 2008, S. 443 ff.

[71] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Familiengerichte, Fachserie 10/Reihe 2.2, 2006, Vorbemerkungen, S. 8 f.

sowie Verfahren nach § 1631b BGB einbezogen. Bis einschließlich 2005 wurden die genannten Geschäfte nur summarisch als ‚sonstiger Geschäftsanfall' erfasst. Erst seit 2006 liegen zu den genannten Geschäften Informationen zu Einzelaspekten des Verfahrens, wie etwa zur Verfahrenspflegerbestellung, vor.

Die höhere Zahl 2006 bei Verfahrenspflegerbestellungen gemäß § 50 FGG gegenüber den Vorjahren ist maßgeblich darauf zurückzuführen, dass in den Vorjahren Verfahrenspflegerbestellungen in Verfahren gemäß § 1631b BGB sowie in Verfahren nach dem Gewaltschutzgesetz noch nicht zur Statistik erfasst wurden. Anders ausgedrückt: 2006 ist die Grundgesamtheit der in der Verfahrenserhebung erfassten Geschäfte – und damit bestellt werden kann – größer als in den Vorjahren. Im Ergebnis sind die Zahlen über Verfahrenspflegerbestellungen sowie zu anderen Einzelaspekten des Verfahrens in ihrer absoluten wie in ihrer relativen Bedeutung nicht mit denen der Vorjahre vergleichbar."[72]

Auch wenn die entscheidende Kategorie in Tabelle 2.4 der Familiengerichtsstatistik nach wie vor die Bezeichnung „Ein Verfahrenspfleger nach § 50 FGG war bestellt" trägt, muss davon ausgegangen werden, dass durch die Aufnahme der Verfahren auf Genehmigung freiheitsentziehender Unterbringung gemäß § 1631b BGB nun auch Verfahrenspfleger nach § 70b FGG, die in diesen Verfahren zu bestellen sind, in der Statistik zu § 50 FGG enthalten sind – möglicherweise sogar noch Bestellungen von Verfahrenspflegern in anderen Verfahren.

Früher musste beanstandet werden, dass das Statistische Bundesamt zwar jährlich auch die Anzahl der Verfahren gem. § 1631b BGB veröffentlicht hat,[73] jedoch leider die Anzahl der Verfahrenspflegerbestellungen nach § 70b FGG unbekannt blieb, weil diese nicht erhoben wurde. Zwar wurde eine entsprechende Ergänzung der Statistik nunmehr in gewisser Weise aufgenommen, jedoch leider in einer Art und Weise, die im Ergebnis immer noch keine Zahlen für Verfahrenspflegerbestellungen bei freiheitsentziehender Unterbringung nach § 70b FGG liefert, jedoch die Interpretierbarkeit der Entwicklung der Bestellungen nach § 50 FGG empfindlich einschränkt. Denn die neue Statistik enthält keine Differenzierung, die getrennte Angaben für die Bestellung von Verfahrenspflegschaften nach § 50 FGG und § 70b FGG erlauben würden. Dies ist bedauerlich, waren doch die Zahlen des Statistischen Bundesamtes stets eine vertraute Größe für all jene, die auch an empirischen Daten zur Entwicklung der Interessenvertretung von Kindern und Jugendlichen interes-

[72] Korrespondenz mit der für die Familiengerichtsstatistik zuständigen Abteilung des Statistischen Bundesamtes.

[73] Vgl. Staudinger/*Salgo* (Anm. 68), § 1631b, Rn. 2.

siert sind. Eigentlich macht unter diesen Umständen die Fortführung der Tabelle über das Jahr 2005 kaum mehr einen Sinn, weil in die neuen Zahlen andere Größen einfließen. Auch in der Diskussion um die am 27.6.2008 vom Deutschen Bundestag beschlossene pauschale Vergütung des zukünftigen Verfahrensbeistandes (nach § 158 FamFG)[74] wurde von den Ländern stets auch das Argument der erheblichen Mehrausgaben aufgrund der zu erwartenden deutlichen Steigerungen der Bestellung ins Feld geführt.[75] Zwar wird dabei nicht explizit auf die hier mitgeteilten Veränderungen in den von der Familiengerichtsstatistik erfassten Verfahrenspflegerbestellungen seit 2006 abgestellt, es ist jedoch davon auszugehen, dass den Landesjustizverwaltungen diese Zahlen bereits intern vorlagen. Dass solche Verwirrung stiftende Daten nicht unreflektiert übernommen, bewertet oder gar zur Begründung essentieller Änderungen herangezogen werden, ist ein wesentliches Anliegen. Hier zeigt sich erneut, zu welchen problematischen Entwicklungen das Fehlen von verlässlichen Rechtstatsachen führen kann. Es könnte sich bei den Zuwächsen um die in der neuen Darstellung des Statistischen Bundesamtes hinzugerechneten Bestellungen im Rahmen von § 1631b BGB gem. § 70b FGG handeln. Immerhin gab es im Erhebungsjahr 2006 *6016* und im Jahre 2007 *8240* Unterbringungsverfahren nach § 1631b BGB.[76] Die neue Darstellung des Statistischen Bundesamtes schafft weder für die Anzahl der Verfahrenspflegerbestellungen gem. § 50 FGG noch für Bestellungen gem. § 70b FGG Klarheit, sondern stiftet Verwirrung und führte bereits zu erheblichen rechtspolitischen Fehleinschätzungen und -entscheidungen. Der Vorschlag,[77] alle Formen von Verfahrenspfleger- und Verfahrensbeistandsregelungen, soweit Minderjährige betroffen sind, in einer einheitlichen Verfahrensregelung zusammenzuführen, fand bei den Beratungen des FamFG im Rechtsausschuss keine Zustimmung.

---

[74] Gemäß Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drs. 16/9733) beschlossen in der 173. Sitzung des Deutschen Bundestages, Protokoll einsehbar unter http://www.bundestag.de/bic/a_prot/2008/ap16173.html (Tagesordnungspunkt 38). Kritisch dazu insbesondere die *Bundesarbeitsgemeinschaft Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche e.V.* unter www.verfahrenspflegschaft-bag.de, ZKJ 2007, S. 269 (Pressemitteilungen vom 7.06.2008 und 27.06.2008), S. 322 f. (Stellungnahme), S. 343 ff. (Nachrichtenteil) sowie auch Verband Anwalt des Kindes – Bundesverband, Kinderkommission des Deutschen Familiengerichtstages, Aktivverbund Berlin e.V. und PFAD Bundesverband der Pflege- und Adoptivfamilien e.V.

[75] BT-Drs. 16/6308, S. 377, Nr. 53 der Stellungnahme des Bundesrats; BR-Drs. 309/07, S. 43 f.

[76] 2006: 6016 Verfahren nach Tabelle 2.1, S. 17 der Statistik; 2007: 8240 Verfahren nach Tabelle 2.1, S. 18 der Statistik. An der Richtigkeit dieser Angaben bestehen nach wie vor nicht ausgeräumte Zweifel, vgl. Staudinger/*Salgo* (Anm. 68), § 1631b, Rn. 2.

[77] Stellungnahme *Ludwig Salgo* zur Anhörung des Rechtsausschusses, einsehbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/30_FGG__Teil_II/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Prof__Salgo.pdf.

Nur das Statistische Bundesamt führt ohne Nutzen die Bestellungen gem. § 50 FGG und gem. § 70b FGG unter der Überschrift „Verfahrenspfleger nach § 50 FGG" seit dem Erhebungsjahr 2006 leider unentwirrbar zusammen. Angesichts eines mit dem FamFG völlig veränderten Verfahrensrechts muss auch die Statistik der Familiengerichte völlig überarbeitet werden. Die Statistiker sollten dabei die unterschiedlich bezeichneten Bereiche auch getrennt erheben: Bestellungen gem. § 158 FamFG und Bestellungen gem. § 317 FamFG – diese sollen nach zukünftigem Recht formal auch nach § 158 FamFG erfolgen, so die Verweiskette in § 167 FamFG – sollten in Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung (Ablehnung der Zusammenführung aller Formen von Verfahrensbeistandschaften für Minderjährige) penibel auseinander gehalten werden. Zudem müsste die neue Umgangspflegschaft gem. § 1684 III 3 BGB statistisch gesondert erfasst werden.

2. Keine repräsentative Rechtstatsachenforschung zur Unterstützung der Reform

Entgegen immer wieder erhobenen Forderungen ist bislang eine wissenschaftliche, repräsentative Begleitforschung über die Implementation der neuen „Rechtsfigur" des Verfahrenspflegers (§ 50 FGG) durch das BMJ nicht initiiert worden, obschon dies von einer verantwortlichen Rechtspolitik, die sich mit der Kindschaftsrechtsreform zu einer *Verbesserung der Rechte des Kindes*[78] verpflichtet hatte und die wissen will bzw. wissen müsste, wie ein zentrales Anliegen der Reform von der Praxis angenommen wird, zu erwarten wäre.[79] Im Zentrum einer repräsentativen Implementationsforschung[80] müsste die Frage stehen, ob sich ein Ausgleich der vom Gesetzgeber eingeräumten Defizite[81] bei der Wahrung der eigenen Interessen von Minderjährigen in familien- und vormundschaftsgerichtlichen Verfahren abzeichnet[82] – auch und gerade durch

[78] BT-Drs. 13/4899, S. 1: *„Die Rechte der Kinder sollen verbessert und das Kindeswohl soll auf bestmögliche Art und Weise gefördert werden."*

[79] *Ludwig Salgo*, Der Anwalt des Kindes, 1996, S. 570: *„Begleitforschung und Evaluation der Reform sind von Anbeginn an sicherzustellen."* Dies beanstandet auch der Bundesrat, BT-Drs. 16/6308, S. 377.

[80] Nicht repräsentative Untersuchungen und Berichte mit geringen Fallzahlen und aus unterschiedlichen Phasen der Implementation liegen vor, vgl. Nachweise bei *Manuela Stötzel*, Wie erlebt das Kind die Verfahrenspflegschaft, 2005, S. 18 ff.

[81] BT-Drs. 13/4899, S. 129.

[82] Die unter der Leitung von *Johannes Münder* arbeitende Forschergruppe sieht in der „Einführung des Verfahrenspflegers für die Minderjährigen ein Zeichen dafür, dass hier ein ‚Vollzugs- und Kontrolldefizit' vom Gesetzgeber erkannt worden war, welches als ‚tendenziell nachteilig für die betroffenen Kinder und Jugendlichen' angesehen wurde", vgl. *Johannes Münder/Barbara Mutke/Reinhold Schone*, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz. Professionelles Handeln in Kindeswohlverfahren, 2000, S. 227.

die Verfahrenspflegschaft. Auf repräsentative und qualitative Begleitforschung konnte der Gesetzgeber des FGG-RG nicht zurückgreifen.

Kleinere, nichtrepräsentative Untersuchungen, die durchweg von privater Seite unter erheblichen Anstrengungen durchgeführt wurden,[83] geben Hinweise auf bemerkenswerte Entwicklungstendenzen, auch wenn sie teilweise methodischen Einwänden ausgesetzt sein mögen. Vor allem aber liegt die Untersuchung von *Manuela Stötzel*, „Wie erlebt das Kind die Verfahrenspflegschaft? Studie zum Qualitätsstand der Institution Verfahrenspflegschaft (gem. § 50 FGG) unter Berücksichtigung der Perspektive des Kindes“ vor.[84] Nicht zuletzt die in dieser Untersuchung zusammengetragenen Stellungnahmen der Kinder und Jugendlichen über ihre Verfahrenspfleger und Verfahrenspflegerinnen sind erste Belege dafür, dass wir endlich beginnen, Kinder und Jugendliche in Entscheidungen einzubeziehen, ihnen zuzuhören, uns mit ihnen zu beraten, ihnen das, was wir zu tun gedenken, zu erklären. Die wichtigste Erkenntnis aus dieser Untersuchung ist wohl der Umstand, dass die Kinder und Jugendlichen sich überwiegend mit und durch ihre Interessenvertretung auch tatsächlich einbezogen fühlen.[85] Die vor der Arbeit von *Manuela Stötzel* weltweit publizierten Untersuchungen zum Erleben der Interessenvertretung durch die Kinder[86] erreichen selten das methodische Niveau dieser Arbeit – zudem war in keine der vorausgegangenen Untersuchungen eine so große Anzahl von Kindern und Jugendlichen einbezogen. Des Weiteren steht eine von *Johannes Münder* geleitete und von der VW-Stiftung finanzierte repräsentative Untersuchung vor dem Abschluss.

Gäbe es nicht Einzelpersonen, die trotz unsicherer Rahmenbedingungen diese herausfordernde Arbeit zu machen bereit sind und die sich auf eigene Kosten zusätzlich für diese Aufgabe qualifiziert haben, gäbe es nicht große und kleine freie Träger der Wohlfahrtspflege, die sich der Qualifikation der hier Tätigen verschrieben haben, gäbe es nicht die *Bundesarbeitsgemeinschaft Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche e.V. (BAG)* und gäbe es nicht die Neugier von Praktikern und einzelnen Wissenschaftlern und eine wohlwollende nichtstaatliche Forschungsförderung, so wäre es um die Verfahrenspflegschaft im zehnten Jahr ihrer Existenz schlecht bestellt. Auf dem internationalen Parkett hingegen wird von der Bundesregierung nur allzu gerne auf die Einführung der

[83] Nicht repräsentative Untersuchungen und Berichte mit geringen Fallzahlen und aus unterschiedlichen Phasen der Implementation, vgl. Nachweise bei *Stötzel* (Anm. 80), S. 18 ff.

[84] *Stötzel* (Anm. 80), S. 18 ff.

[85] *Stötzel* (Anm. 80), S. 147 ff.

[86] *Stötzel* (Anm. 80), S. 19 ff.

Verfahrenspflegschaft Bezug genommen.[87] Merkwürdig ist das alles schon, ist doch diese neue Rechtsfigur auf Grund von der Exekutive anerkannter Defizite durch den Deutschen Bundestag eingeführt worden – auch damals gegen massiven Widerstand des Bundesrates.[88] Die „staatliche Gemeinschaft“ steht in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland Minderjährigen gegenüber in besonderer Verantwortung. Die Einführung der Verfahrenspflegschaft gem. § 50 FGG ist auch Ausdruck dieser besonderen staatlichen Schutzpflicht.[89] Zumal Minderjährige strukturell daran gehindert sind, die Wirksamkeit der zu ihren Gunsten erlassenen Gesetzgebung zu überprüfen und erforderlichenfalls die Politik zu entsprechenden Nachbesserungen zu veranlassen. Nun, möglicherweise will und kann sich der Staat darauf verlassen, dass die beschriebenen nichtstaatlichen Wirkungsfaktoren es schon richten werden, er bleibt letztendlich dennoch wegen der ihm zustehenden Verantwortung in der Pflicht. Dass er diese Verantwortung nicht ganz vergisst, daran wirken viele immer wieder mit. Hätte nicht im Referentenentwurf und im Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ aus dem BMJ die Verfahrenspflegschaft endlich größere Beachtung gefunden,[90] hätte der Eindruck entstehen können, dass die Rechtspolitik des Bundes die Verfahrenspflegschaft vollends den Kostenbeamten einzelner Justizkassen und einigen der Einführung dieser Rechtsfigur skeptisch gegenüberstehenden Gerichten zur Abschaffung oder zumindest zu einer einschneidenden Disziplinierung überlassen hätte. Diese massive Einschränkung und diese Disziplinierung will der Gesetzgeber des FGG-RG ganz offensichtlich nicht mehr der Rechtsprechung überlassen, sondern tritt selbst in diese Rolle ein. Der Regierungsentwurf[91] des FGG-RG – die Reform war Gegenstand der Koalitionsvereinba-

---

[87] BT-Drs. 14/5438, S. 1 f.: Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zu dem Europäischen Übereinkommen vom 25. Januar 1996 über die Ausübung von Kinderrechten.

[88] Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zu § 50 FGG-E, BT-Drs. 13/4899, S. 162: *„Für eine besondere Regelung der Verfahrenspflegschaft für Minderjährige besteht kein Bedürfnis“*, und ebd., S. 172 die Gegenäußerung der Bundesregierung. Damals sind weder Bundestag noch Bundesregierung dieser ablehnenden Haltung des Bundesrates gefolgt, der schon damals keinerlei Vorteile für Minderjährige durch die Einführung des § 50 FGG zu erkennen glaubte.

[89] BVerfG NJW 1999, S. 631 = FamRZ 1999, S. 85.

[90] Vgl. hierzu *Martin Menne*, Reform des Verfahrenspflegschaftsrechts: Vom Verfahrenspfleger zum Verfahrensbeistand, FPR 2006, S. 44 sowie *Salgo* (Anm. 69), S. 7 ff.; *ders.*, Neue Perspektiven bei der Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche – § 166 FamFG-E, FPR 2006, S. 12 ff.

[91] BT-Drs. 16/6308, S. 238 ff., § 158 FamFG mit Begründung.

rung[92] – greift zwar endlich einige zentrale Kritikpunkte auf, wenngleich viele berechtigte Anliegen weiterhin noch unberücksichtigt bleiben. Dieser Entwurf der Bundesregierung zu § 158 FamFG hat aber nicht den Weg ins Bundesgesetzblatt gefunden: Der Regierungsentwurf zu § 158 FamFG, hätte er unverändert das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen, wäre eine deutliche Verbesserung gegenüber § 50 FGG gewesen.[93]

3. Bewährung der Verfahrenspflegschaft gem. § 50 FGG

Die Bundesregierung erklärte in einer Stellungnahme vom 28.08.2007:

> *„Die Einführung der Institution des Verfahrenspflegers nach § 50 FGG durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997 hat sich als Erfolg erwiesen. Insgesamt ist die Institution heute allgemein als wirksames Mittel zur Wahrung der Rechte des Kindes anerkannt.“* [94]

Aus einer von *Heike Rabe* publizierten Erhebung,[95] durchgeführt unter der Leitung von *Johannes Münder*, Technische Universität Berlin, ergeben sich bemerkenswerte Einschätzungen hinsichtlich der Auswirkungen der Verfahrenspflegschaft auf die Arbeit der Gerichte und Jugendämter:

- 90% der befragten Richter gaben an, die Arbeit der Verfahrenspfleger/innen als hilfreich für ihre Entscheidungsfindung zu empfinden;
- 56% der befragten Richter gaben an, dass die Verfahrenspflegschaft keine Auswirkung auf die Dauer des Gerichtsverfahrens hatte; 27% der befragten Richter gehen sogar davon aus, dass die Arbeit der Verfahrenspfleger sogar eine beschleunigende Wirkung auf das Verfahren habe;
- 78% der befragten Richter bewerten die Arbeit der Verfahrenspfleger als konfliktverringernd;
- 65% der befragten Jugendämter gaben an, die Tätigkeit von Verfahrenspflegern/innen als häufig oder immer hilfreich für das Jugendamt zu sehen;

---

[92] Koalitionsvertrag CDU, CSU, SPD – 11.11.2005, S. 6079-6082.

[93] Vgl. *Salgo* (Anm. 88), S. 12 ff.

[94] Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6308, S. 415, zu Art. 53.

[95] *Heike Rabe*, Die Verfahrenspflegschaft zwischen fortschreitender Umsetzung und Novellierung, ZKJ 2007, S. 437.

- die Kooperation zwischen Jugendämtern und Verfahrenspfleger/innen war aus der Sicht des Jugendamtes sehr gut oder eher gut.[96]

Die Frage nach der Bewährung dieser neuen Rechtsfigur wird somit auch aus der Praxis, also aus Sicht der Gerichte und Jugendämter, eindeutig beantwortet. Zwar ist nicht die Verbesserung der Arbeit der Gerichte und Behörden das primäre Ziel der Einführung eigenständiger Interessenvertretung. Aber offensichtlich haben Gerichte und Behörden auch für ihre Arbeit die Vorteile eigenständiger, unabhängiger und qualifizierter Interessenvertretung der Minderjährigen erkannt. Schon seit langem unterstützten wohl nicht zuletzt wegen dieser positiven Effekte auch für ihre Arbeit gerade viele Richter und ihre berufsständige Organisationen in Australien, Großbritannien und vor allem in den USA die Einführung eigenständiger Interessenvertretungsmodelle in ihren jeweiligen Rechtssystemen. Die von manchen befürchteten Verfahrensverzögerungen aufgrund der Verfahrenspflegerbestellungen sind nicht eingetreten – eher das Gegenteil –, genauso wenig eine Streitverschärfung. Wie Kinder und Jugendlichen ihre Interessenvertretung mittels Verfahrenspfleger/innen sehen, darüber wissen wir inzwischen dank der Arbeit von *Manuela Stötzel* recht gut Bescheid:

> *„Die Ergebnisse demonstrieren, dass die meisten befragten Kinder eine differenzierte und angemessene Vorstellung von der Rolle und Aufgabe des Verfahrenspflegers haben. Weiterhin berichten sie über eine umfangreiche diesbezügliche Aufklärung durch den Verfahrenspfleger. Die statistischen Analysen zeigen, dass hier ein deutlicher Zusammenhang zur Tätigkeit des Verfahrenspflegers besteht. Dies bedeutet, dass Kinder – zumindest in der untersuchten Altersgruppe der Schulkinder – in der Lage sind, die wichtigsten Informationen zur Rolle und Aufgabe des Verfahrenspflegers aufzunehmen und in ihr Wissen zu integrieren. Das Gesamterleben zu ihrer gerichtlichen Interessenvertretung beschreiben die Kinder insgesamt sehr positiv, wenn auch einzelne Aspekte als problematisch benannt werden. Die Unterstützung und den Beistand durch den Verfahrenspfleger stellen die Kinder in den Vordergrund. In ihren Beschreibungen spielen darüber hinaus Aspekte der Beziehung zum Verfahrenspfleger und seine persönlichen Eigenschaften eine Rolle. Eine komplexe Analyse sämtlicher für die Zufriedenheit der des Kindes in Betracht gezogenen Faktoren zeigt, dass sich insbesondere zwei Aspekte als besonders zentral behaupten. Zum einen beschreiben die Kinder ein zunehmend positives Erleben, je mehr der Verfahrenspfleger sie aus ihrer Perspektive bei der gerichtlichen Anhörung unterstützt hat. Zum anderen spielt die kindliche Wahrnehmung darüber, in welchem Ausmaß der Verfahrenspfleger die Meinung des*

[96] Vgl. zum Vorstehenden *Rabe* (Anm. 95), S. 441.

Kindes im gerichtlichen Verfahren deutlich gemacht hat, eine entscheidende Rolle für das Zufriedenheitsempfinden des Kindes.“ [97]

Trotz mancher Abstriche und trotz widriger Umstände kann – besser: konnte – von der Einführung der Verfahrenspflegschaft als einer Erfolgsgeschichte gesprochen werden. Diese von vielen Fachleuten und den Minderjährigen als positiv beschriebene Entwicklung droht aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung abzureißen.

4. Die Reform der Verfahrenspflegschaft durch das FGG-RG – if it ain't broke, don't fix it

Der bisherige „Verfahrenspfleger“ (§ 50 FGG) wird künftig „Verfahrensbeistand“ heißen (§ 158 FamFG). Die geplante Neuregelung der selbständigen Interessenvertretung im Regierungsentwurf greift zahlreiche Kritikpunkte[98] zu § 50 FGG und viele Vorschläge der letzten Jahre auf und reagiert auf offensichtliche Fehlentwicklungen in Teilen der Rechtsprechung. Die vom Deutschen Bundestag auf der Grundlage der Beschlussempfehlung seines Rechtsausschusses verabschiedete Fassung stellt mit einem gegenüber dem Regierungsentwurf völlig veränderten § 158 VII FamFG die ganze Konstruktion des § 158 FamFG grundlegend in Frage. Der „Verfahrenspfleger“ gem. § 50 FGG und der „Verfahrensbeistand“ gem. § 158 FamFG werden dadurch zu völlig unterschiedlichen Konstrukten, insofern mag die neue – an sich bedeutungslose – Bezeichnung konsequent sein. Die Leitlinie des Regierungsentwurfs war es noch, die Erfolgsgeschichte fortzusetzen und abzusichern gegenüber Obstruktionstendenzen aus der Vergütungsrechtsprechung einzelner Gerichte sowie die Sicherung der Qualität dieser inzwischen bewährten Rechtsfigur. Die Stellungnahmen in den Anhörungsverfahren zum Referenten- und Regierungsentwurf zu diesem Punkt waren deshalb auch überwiegend positiv. Zu der schließlich vom Rechtsausschuss entwickelten und vom Bundestag verabschiedeten Fassung des § 158 FamFG, insbesondere zu dessen Absatz 7, gab es keinerlei Anhörungen; es wurden auch keinerlei Expertisen hierzu eingeholt. Vielmehr war der Rechtsausschuss peinlich darauf bedacht, ja nicht den von ihm entwickelten Absatz 7 vor Einbringung in das Plenum des Bundestages bekannt werden zu lassen. § 158 VII FamFG i.d.F. des Regierungsentwurfs hingegen entsprach noch § 50 V FGG;[99] das heißt: Die Bundes-

---

[97] *Stötzel* (Anm. 80), S. 222.

[98] Vgl. *Salgo* (Anm. 69), S. 7 ff., sowie *ders.*, Dokumentation. Zur Zukunft der Verfahrenspflegschaft, Kind-Prax 2005, S. 60. Zu den unterschiedlichen Fassungen dieser Vorschrift im Laufe des Gesetzgebungsprozesses siehe die Übersicht am Ende dieses Beitrags.

[99] Vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 240.

regierung wollte an der Vergütungspraxis nichts ändern, vielmehr diese, wie man insbesondere am § 158 IV FamFG i.d.F. des Regierungsentwurfs und an der regierungsamtlichen Begründung zu dessen Absatz 7 erkennen kann, absichern. Als trotz dieser Geheimpolitik des Rechtsausschusses seine Absichten durchsickerten, brach eine Flut von diese Absicht ablehnenden Stellungnahmen keineswegs nur von Verfahrenspflegern und ihnen nahestehenden Personen, sondern von zahlreichen anerkannten Fachleuten und Verbänden über die Volksvertreter herein – leider ohne jeglichen Erfolg; im Gegenteil, dieser Protest löste eher Trotzreaktionen aus. Es ist leider auch nicht bekannt, welche Anstrengungen die Bundesregierung in diesen nicht öffentlichen Verhandlungen im Rechtsausschuss, an denen auch die Vertreter der Bundesregierung teilnahmen, unternahm, um ihren Entwurf zu verteidigen.

Es ist lohnend, sich genauer mit der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses[100] auseinander zu setzen: Der Rechtsausschuss empfiehlt die „Pauschalierung" der Vergütung des Verfahrensbeistandes, um „die Belastung der Länderhaushalte infolge der Ausweitung der Bestellpflicht in kalkulierbaren Grenzen zu halten".[101] Auch an einer anderen Stelle der Beschlussempfehlung, wo es um die Einschränkung der Bestellungen in umgangsrechtlichen Verfahren (§ 158 II Nr. 6 FamFG) auf Fälle mit einer „wesentlichen Beschränkung des Umgangsrechts" geht, wird hervorgehoben, dass es darum geht, *„einer finanziellen Überforderung der Länder infolge einer Zunahme von Bestellungen entgegenzuwirken"*.[102]

Da die nunmehr erfolgte Einführung der Fallpauschalen einen destruktiven Eingriff in die seit zehn Jahren praktizierte Vergütungspraxis darstellt und weil dieser Eingriff massiv die Qualität der Interessenvertretung Minderjähriger bedroht, sollen die Begründung des Rechtsausschusses und Passagen aus der Stellungnahme des Bundesrates, auf die der Rechtsausschuss explizit Bezug nimmt, zunächst im Wortlaut widergegeben werden.

5. Rechtsausschuss und Bundesrat

Der Rechtssauschuss des Bundestages:

> *„Durch die Änderung in* ***Absatz 7 Sätze 2 bis 4*** *wird die Vergütung für den berufsmäßig handelnden Verfahrensbeistand auf eine Fallpauschale umgestellt. Der Ausschuss hält eine fallbezogene Vergütung in Höhe von 350 Euro inklusive Auf-*

[100] BT-Drs. 16/9733, S. 294.
[101] BT-Drs. 16/9733, S. 294.
[102] BT-Drs. 16/9733, S. 294.

wendungsersatz und Umsatzsteuer für angemessen. Ordnet das Gericht einen erweiterten Aufgabenkreis nach Absatz 4 Satz 3 an, erhöht sich die fallbezogene Vergütung auf 550 Euro.

Der Ausschuss hat bei der Einführung der Fallpauschale berücksichtigt, dass eine auskömmliche Vergütung des Verfahrensbeistandes verfassungsrechtlich geboten ist. Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. März 2004 zur Anwendung des § 50 FGG darf der Verfahrenspfleger nicht durch eine unzureichende Vergütung davon abgehalten werden, die für eine effektive, eigenständige Interessenvertretung des Kindes im Verfahren erforderlichen Einzeltätigkeiten zu entfalten.

Der Ausschuss hat daher die Beibehaltung des aufwandsbezogenen Vergütungssystems mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen festen Obergrenze abgelehnt, weil es dem Verfahrensbeistand keine Mischkalkulation aus einfach und komplex gelagerten Fällen eröffnet und es sich daher um eine unzureichende Vergütung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handeln könnte. Zudem verbleibt bei dieser Vergütungsform weiterhin – wie nach geltendem Recht – ein hoher Abrechnungs- und Kontrollaufwand.

Dagegen gestaltet sich die Handhabung der Fallpauschale unaufwendig und unbürokratisch. Sie erspart sowohl dem Verfahrensbeistand als auch der Justiz erheblichen Abrechnungs- und Kontrollaufwand und ermöglicht es dem Verfahrensbeistand, sich auf seine eigentliche Tätigkeit, die Wahrnehmung der Kindesinteressen zu konzentrieren. Sie bewirkt zudem eine wünschenswerte Annäherung der Vergütung des Verfahrensbeistandes an die gebührenorientierte Vergütung der Rechtsanwälte. Um den verfassungsrechtlichen Vorgaben Genüge zu tun, hält der Ausschuss zudem eine nach dem Umfang der Tätigkeit des Verfahrensbeistandes gestaffelte Fallpauschale für angemessen.

Der Ausschuss hat die Höhe der Fallpauschale an den entsprechenden Gebührensätzen für einen in Kindschaftssachen tätigen Rechtsanwalt unter Zugrundelegung des Regelstreitwerts von 3.000 € orientiert. Der Ausschuss hat hierbei berücksichtigt, dass der Bundesrat sich aus fiskalischen Gründen, aber auch, um einen Gleichlauf mit der Vergütung der Rechtsanwälte in Kindschaftssachen herzustellen, für eine Obergrenze der Vergütung in Höhe einer Gebühr mit dem Gebührensatz 2.0 ausgesprochen hat (vgl. Nummer 72 der Stellungnahme des Bundesrates).“[103]

Stellungnahme Bundesrat:

„Durch § 158 FamFG-E soll die bisherige Regelung des Verfahrenspflegers für minderjährige Kinder (§ 50 FGG) erheblich ausgeweitet werden. Dies betrifft sowohl die

[103] Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/9733, S. 294.

Bestellungsgründe als auch den Aufgabenkreis des Verfahrenspflegers, der künftig Verfahrensbeistand heißen soll. Hierdurch sind erhebliche Kosten für die Justizhaushalte der Länder zu erwarten, die nicht durch einen entsprechenden Nutzen aufgewogen werden [?! L.S.]. Aufwendungsersatz und Vergütung der Verfahrensbeistände sind nach § 158 Abs. 7 i.V.m. § 277 Abs. 5 Satz 1 FamFG-E stets aus der Staatskasse zu bezahlen, d.h. aus den Justizhaushalten." [104]

„Die Zunahme der Bestellung von Verfahrensbeiständen ist mit erheblichen finanziellen Auswirkungen für die Länder verbunden. Bundesweit wurden im Jahre 2004 7 868 Verfahrenspfleger bestellt (2003: 7 121; 2002: 6 418; 2001: 5 483; hierzu und zum Folgenden Salgo, FPR 2006, 7 bis 11). Die Quote liegt bei bis zu 7 Prozent aller maßgeblichen Familienverfahren mit steigendem Trend, insbesondere aufgrund einer zunehmenden Zahl von Umgangsrechtsverfahren. Beispielsweise wurden in Schleswig-Holstein im Jahre 2005 bei insgesamt 20 466 Eheverfahren oder Folgesachen 239 Verfahrenspfleger bestellt (2004: 230 von 21 744; 2003: 190 von 20 950; 2002: 133 von 21 396). Aufgrund der bisherigen Schätzungen der Literatur ist mit einer deutlichen Steigerung mindestens um das Vierfache zu rechnen. Ausgehend von den bislang an die Verfahrenspfleger gezahlten Vergütungen ist allein für Schleswig-Holstein mit Mehrausgaben von 500 000 bis 1 Mio. Euro zu rechnen. Hochgerechnet auf die gesamte Bundesrepublik Deutschland belaufen sich die Mehrausgaben auf 14,5 bis 29 Mio. Euro. Die Kostensteigerungen allein in diesem Punkt übersteigen jeden vom Bundesministerium der Justiz angekündigten Entlastungseffekt des Gesetzentwurfes". [105]

„Nicht einzusehen ist, dass einem Verfahrensbeistand bzw. -pfleger bei entsprechender Stundenzahl eine insgesamt höhere Vergütung bewilligt wird als einem Rechtsanwalt. Das Gesetz geht davon aus, dass ein Rechtsanwalt die Aufgaben des Verfahrensbeistands bzw. -pflegers ausfüllt. Daher ist es sachgerecht, für die Vergütung des Verfahrensbeistands bzw. -pflegers eine Höchstgrenze vorzusehen, die sich an den typischerweise relevanten Gebührentatbeständen des RVG orientiert. Das sind regelmäßig die Verfahrensgebühr von 1,3 (Nr. 3100 VV RVG) und die Terminsgebühr von 1,2 (Nr. 3104 VV RVG). Die sich danach ergebende Gebühr von 2,5 ist allerdings maßvoll auf 2,0 Gebühren zu reduzieren, da der Rechtsanwalt als Verfahrensbevollmächtigter für diese Aufgabe besonders qualifiziert ist. Für die berufsmäßige Tätigkeit von Verfahrensbeiständen oder -pflegern ist eine entsprechend hohe Qualifikation je-

[104] Stellungnahme des Bundesrates zu § 158 und § 174 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 377, Nr. 53.

[105] Ebd.

doch weder Voraussetzung noch kann sie regelmäßig für das Verfahren nutzbar gemacht werden". [106]

Angesichts der nicht abreißenden Wiederholung der Bedeutung und des Vorrangs der Kindeswohlmaxime bei Politikern aller Parteien mag dieser Vorgang als ein exemplum docens dafür dienen, um zu überprüfen wie Rechtspolitik in Deutschland gemacht wird und was von solchen Beteuerungen, wenn es konkret wird, zu halten ist, geht es doch bei der Gruppe von Minderjährigen, die auf einen qualifizierten und sensiblen Verfahrenspfleger bzw. -beistand zur eigenständigen Wahrnehmung ihrer Interessen angewiesen sind, um Minderjährige, die bereits erheblich gefährdet sind oder waren bzw. denen eine solch massive Beeinträchtigung ihres Wohls droht. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die nicht enden wollende Debatte um „Kinderrechte in der Verfassung". Wie man auch immer zu dieser Auseinandersetzung steht, die Verankerung von „Kinderrechten in der Verfassung" kostet nur Druckerschwärze und Papier. Ganz anders liegt der Fall bei der Sicherung einer qualitativen Interessenvertretung Minderjähriger – „representation ist not a token affair".

Wie in keinem anderen Rechtsgebiet handelt sich auf diesem Gebiet des Kindschaftsrechts, in denen Verfahrenspfleger bzw. -beistände eingesetzt werden, stets um sehr individuelle Einzelfallentscheidungen auf einem zudem verfassungsrechtlich hoch aufgeladenen Terrain. Weder bei der Rechtsfindung noch bei dem dafür erforderlichen Aufwand empfehlen sich Pauschalierungen. Dies gilt für den Zeitaufwand, den das Gericht aufwenden muss, dies sollte für den erforderlichen Zeitaufwand, den ein Gutachter braucht und dies sollte auch für den Verfahrenspfleger bzw. -beistand gelten. Zweifelsohne haben, und hier muss man dem Rechtsausschuss zustimmen, „Fallpauschalen" wesentliche Vorteile, sowohl für den Staat als auch für den einzelnen Verfahrenspfleger bzw. -beistand. Dies gilt allerdings nur dann, wenn diese „Fallpauschalen" so bemessen sind, dass sie eine qualifizierte Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe ermöglichen. Und hier bestehen sowohl beim Rechtsausschuss wie auch beim Bundesrat Informationsdefizite um diese herausfordernde Aufgaben einer eigenständigen Interessenwahrnehmung *Minderjähriger*. Die Annahme des Bundesrates, dass ein *„Rechtsanwalt als Verfahrensbevollmächtigter für diese Aufgabe besonders qualifiziert ist"*,[107] lässt sich weder aus der nationalen noch der internationalen Forschung belegen. Eher das Gegenteil: Allgemeinpraktiker aus der Rechtsanwaltschaft ohne zusätzliche Aus- und Fortbildung für diese spezifische Aufgabe haben gegenüber qualifizierten Interessenvertretern mit ande-

[106] Stellungnahme des Bundesrates zu § 277 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 385, 386, Nr. 53.

[107] Stellungnahme des Bundesrates zu § 277 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 386, Nr. 53.

ren beruflichen Qualifikationen, die eigens für diese Aufgabe der Interessenvertretung Minderjähriger geschult worden waren, eher schlechter abgeschnitten, ja sie waren sogar schlechter als angeleitete und supervidierte Studenten der Rechtswissenschaft, die in den USA in den sog. Law Clinics solche Aufgaben teilweise übernehmen. Die Verbände der Rechtsanwälte in den USA und Großbritannien räumen dies unumwunden ein und haben daraus ihre Konsequenzen gezogen.[108]

Welche Anforderungen stellen sich und über welches Profil sollte man vor dem Hintergrund zahlreicher in- und ausländischer Erfahrungen verfügen, um eine effektive, eigenständige Interessenvertretung des Kindes im Verfahren – wie es der Rechtsausschuss unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht fordert – sicherzustellen? Das nachfolgende Anforderungsprofil beruht auf zahlreichen in- und vor allem ausländischen Erfahrungen.

6. Anforderungsprofil an Verfahrenspfleger/-beistände:

- solide Rechtskenntnisse auf dem Gebiet des Familien-, insbesondere des Kindschaftsrechts;

- gründliche Kenntnisse auf dem Gebiet des Sozialrechts, insbesondere SGB VIII;

- Beherrschung der Komplexität des für Kinder und Jugendliche relevanten Familienverfahrensrechts;

- Kenntnisse der sozialen und psychischen Lebenssituation von Minderjährigen, die auf eigenständige Interessenvertretung angewiesen sind (streitiges Umgangs- und/oder Sorgerecht, Misshandlung, Vernachlässigung, sexuelle Ausbeutung, Fremdplatzierung, Adoption, freiheitsentziehende Unterbringung rechtfertigende Ausgangslagen);

- Grundkenntnisse in Entwicklungspsychologie;

- Techniken und Kompetenzen, um Minderjährige zu verstehen und mit ihnen zu kommunizieren;

- Vermittlungskompetenzen;

- Kenntnisse der Angebote öffentlicher und freier Träger der Kinder- und Jugendhilfe vor Ort.

---

[108] Vgl. *Ludwig Salgo*, Der Anwalt des Kindes, 1996, mit umfassenden Belegen.

Aufgrund der durch Berufsausbildung erworbenen Grundqualifikationen erfüllt keiner der vorhandenen Berufe das hier erforderliche Anforderungsprofil ohne weiteres, so dass zusätzliche Qualifikationen in je unterschiedlichen Bereichen unausweichlich werden; dies betont z.B. die American Bar Association, die größte Rechtsanwaltsorganisation der Welt, immer wieder. Eine „effektive eigenständige Interessenvertretung des Kindes" besteht niemals darin, zum Kind hinzugehen, dort seinen „Willen abzuholen" und diesen sodann dem Familiengericht zu übermitteln. Es bestehen fundamentale Unterschiede zwischen der Interessenwahrnehmung für einen erwachsenen Mandanten und der unabhängigen Interessenvertretung Minderjähriger, nicht nur bezüglich des Zeitaufwandes. Leider scheint diese intensiv geführte und umfassende Fachdiskussion zu diesen Fragen keinen Eingang ins Gesetzgebungsverfahren gefunden zu haben. Kinder und Jugendliche brauchen zunächst Zeit – sie werden oft auch nicht in die Kanzlei des Rechtsanwalts kommen können – um zu dem nicht von ihnen selbst, sondern von einem Gericht bestellten Verfahrenspfleger Vertrauen zu finden; dann bedarf es fast immer eines längeren Prozesses der Verständigung zwischen Verfahrenspfleger und Kind, um herauszufinden, welche Lösung dem Willen des Kindes, aber auch seinem Wohl, am ehesten entspricht. Zudem sind Kinder und Jugendliche nur zu verstehen, wenn man ihre Ambivalenzen, Loyalitäten und ihren Lebenskontext kennt. Unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht soll ein Verfahrenspfleger nicht durch eine unzureichende Vergütung von einer „effektiven eigenständigen Interessenvertretung des Kindes"[109] abgehalten werden. Genau dies wird aber aufgrund der Pauschalierung (350/550 €) eintreten, weil künftighin die Verfahrenspfleger sich nicht mehr mit demselben Arbeitsaufwand wie bisher ihrer herausfordernden Aufgabe werden widmen können.

7. Der Rechtsausschuss im vorauseilenden Gehorsam

Wie ist es aber während des Gesetzgebungsverfahrens zu dieser Pauschalierung gekommen, hatte doch der Regierungsentwurf die Beibehaltung, ja eine bessere Absicherung der Vergütungspraxis vorgesehen? Der Rechtsausschuss des Bundestages hielt *„eine wünschenswerte Annäherung der Vergütung der Verfahrensbeistände an die gebührenorientierte Vergütung der Rechtsanwälte"* und *„aus fiskalischen Gründen [...] einen Gleichlauf mit der Vergütung des Rechtsanwalts in Kindschaftssachen"* [110] für erforderlich. Die Idee für diesen „Gleichlauf" entnahm der Rechtsausschuss aus der Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des FGG-RG:

[109] Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/9733, S. 294.

[110] Ebd.

„Nicht einzusehen ist, dass einem Verfahrensbeistand bzw. -pfleger bei entsprechender Stundenzahl eine insgesamt höhere Vergütung bewilligt wird als einem Rechtsanwalt. Das Gesetz geht davon aus, dass ein Rechtsanwalt die Aufgaben des Verfahrensbeistandes bzw. –pflegers ausfüllt."[111].

Entgegen den inzwischen empirisch belegten Erfahrungen von Jugendämtern und Familiengerichten, vor allem entgegen der als sehr hilfreich empfundenen Unterstützung durch die Minderjährigen, sieht der Bundesrat *„die erheblichen Kosten für die Justizhaushalte der Länder [...] nicht durch entsprechende Nutzen aufgewogen"*.[112]

Es ist mehr als bedauerlich, dass der Bundesrat die Erfahrungen der Praxis in Jugendhilfe und Justiz, aber auch den empirisch belegten Forschungsstand zum Verfahrenspfleger gem. § 50 FGG, auch wenn dieser noch Lücken aufweist, nicht kennt. Dieser Kenntnisstand beim Bundesrat offenbart sich auch darin, dass dieser davon ausgeht, dass der *„Rechtsanwalt als Verfahrenspfleger für diese Aufgabe besonders qualifiziert"*[113] ist und gipfelt in der Aussage: *„Für die berufsmäßige Tätigkeit von Verfahrensbeiständen oder –pflegern ist eine entsprechend hohe Qualifikation jedoch weder Voraussetzung noch kann sie regelmäßig für das Verfahren nutzbar gemacht werden."* [114] Diese für Verfahrenspfleger in Betreuungssachen getroffene Feststellung kann keine Gültigkeit für den Verfahrenspfleger gem. § 50f FGG beanspruchen.

Die „Kosten für die Justizhaushalte" und die längstens widerlegte Überzeugung, dass Rechtsanwälte alles können und deshalb andere in keinem Falle mehr als sie bekommen dürften, das sind die schlichten, aber ausschlaggebenden Motivationslagen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages und im Bundesrat gewesen. Hinzu treten Unkenntnis der Forschungslage, Unkenntnis und völlige Unterschätzung der herausfordernden Aufgabe eigenständiger Interessenvertretung Minderjähriger, aber auch eine Ignoranz gegenüber den Erfahrungen von Jugendhilfe und Justiz und Außerachtlassung der Stellungnahmen und Erfahrungen des Deutschen Kinderschutzbundes, der Diakonie, der Caritas, des Deutschen Familiengerichtstages u.v.a.m.[115]

---

[111] Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/6308, S. 386, Nr. 72.

[112] Stellungnahme des Bundesrates zu §§ 158 und 174 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 377, Nr. 53. Der Bundesrat war schon in der 13. Legislaturperiode gegenüber der Einführung von § 50 FGG äußerst skeptisch; vgl. die Nachweise in Anm. 88.

[113] BT-Drs. 16/6308, S. 386.

[114] Ebd.

[115] Vgl. die Nachweise in Anm. 74.

Wenn wirklich – wie der Rechtsausschuss und der Bundesrat Glauben machen wollen – die Entschädigung des Verfahrensbeistandes an die der Rechtsanwälte angeglichen werden sollte, dann drängt sich die Frage auf, ob dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ein bemerkenswerter Fehler unterlaufen ist oder ob eine Irreführung beabsichtigt war: Dem Rechtsanwalt steht der 2,5-fache Satz der Vergütung, dem Verfahrenspfleger nur der 2-fache Satz zu. Vor allem aber: Einem Rechtsanwalt steht die (zudem erhöhte) Honorierung gesondert für jede weitere Instanz zu, dem Verfahrensbeistand hingegen lediglich *eine* Pauschale (350 bzw. 550 €) auch dann zu, wenn von ihm ein Rechtsmittel eingelegt wurde und Verfahren den Rechtsmittelgerichten durchgeführt worden sind, weil die einmalige Pauschale die gesamte Tätigkeit bis zur Beendigung des Verfahrens umfasst. Offensichtlich soll die Einlegung von Rechtsmitteln durch den Verfahrensbeistand mittelbar, aber umso effektiver, verhindert werden.

Die Pauschalierung in dieser Höhe und Reichweite in § 158 VII FamFG widerspricht eindeutig den vom Bundesverfassungsgericht festgelegten Grundsätzen für die Vergütungspraxis und ist damit verfassungswidrig, weil sie eine den subjektiven Interessen des Kindes gerecht werdende, verfassungsrechtlich gebotenen Standards der Kindesvertretung entsprechende Vorgehensweise des Verfahrensbeistands nicht mehr ermöglicht.[116] Der Verfahrensbeistand könnte allein wegen der völlig unzureichenden Pauschalierung genötigt sein, auf eine den Interessen des Kindes gerecht werdende Interessenvertretung zu verzichten – was nach den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts verfassungswidrig ist.

8. Die Kosten der Verfahrenspflegschaft

Die „Kosten für die Justizhaushalte“, wie hoch fallen sie denn nun wirklich aus? Es ist völlig unbekannt bisher, wie viel pro Jahr aus den Justizhaushalten der Bundesländer für den Ersatz der Aufwendungen und für die Vergütung der Verfahrenspfleger für Minderjährige gem. §§ 50, 70b FGG aufgebracht werden muss. So wissen wir auch nicht, wie weit die Schere zwischen von den Verfahrenspflegern beantragten und tatsächlich von der Staatskasse erstatteten Kosten klafft: Wie viele Stunden pro Fall werden durchschnittlich in Ansatz gebracht und vergütet? Ebenso wenig bekannt ist, wie viele der an den Verfahrenspfleger erstatteten Kosten den Eltern als Kostenschuldner auferlegt und

[116] BVerfG vom 09.03.2004, 1 BvR 455/02, Rn. 31 und 33; vgl. auch *Martin Menne*, zur pauschalierten Entschädigung des Verfahrensbeistands im kommenden Recht, ZKJ 2008, S. 461, 462; *Reinhard Prenzlow*, Der zukünftige Verfahrensbeistand: Argumente für eine fallbezogene Vergütungsregelung, ZKJ 2008, S. 464, 466.

von diesen tatsächlich auch an die Staatskasse zurückgeführt werden konnten. Mit einiger Mühe ließe sich das alles aus den Gerichtsakten und den Justizhaushalten erheben. Trotz der dargestellten äußerst lückenhaften Datenlage zu den Kosten könnten Modellrechnungen gewisse Anhaltspunkte über den Rahmen der Gesamtkosten der Verfahrenspflegschaft ergeben. Ausgangspunkt sind die Daten der Bundesstatistik und zusätzliche Annahmen, die als solche gekennzeichnet sind. Aus Zeitgründen muss auf länderbezogene Modellrechnungen verzichtet werden, die aber ohne weiteres möglich wären und auch für die länderspezifische Entwicklung und die jeweilige rechtspolitische Auseinandersetzung und Fortbildung in der Justiz von Bedeutung sein können. Zugrunde gelegt wird in der Modellrechnung der bisher geltende Stundensatz in Höhe von 33,50 € pro Stunde[117] für einen Verfahrenspfleger mit einer abgeschlossenen Hochschulausbildung oder mit einer vergleichbaren abgeschlossenen Ausbildung. Nicht eingegangen sind in diese Modellrechnung die stark variierenden und ebenfalls zu erstattenden Aufwendungen. Es wird auf das Jahr 2005 Bezug genommen, weil sich nur bis dahin eine eindeutige Datenlage zu den Bestellungen gem. § 50 FGG belegen lässt.

Modellrechnung:

Abgeschlossene Verfahren bundesweit im Jahre 2005	8.765
Stundensatz nach geltendem Recht	33,50 €
Angenommene durchschnittlich abgerechnete Stundenzahl pro Fall	25

Bei dieser Modellrechnung liegen die Ungewissheiten bei der angenommenen Stundenzahl von durchschnittlich 25 Stunden pro Fall. *Rabe* kommt pro Fall auf einen Mittelwert von 22 Stunden,[118] was nach Ansicht von Praktikern als zu niedrig erscheinen dürfte. Pro Minderjährigem entstehen unter der Annahme von 25 Stunden pro Fall an Kosten für die Vergütung des Verfahrenspflegers 837,50 €. Danach würden sich, wenn allen Verfahrenspflegern, die gem. § 50 FGG bestellt waren, der höchste Stundensatz zu erstatten gewesen wäre, die Gesamtkosten der Vergütung (ohne Aufwendungen) auf 7.340.687,50 € in einem Jahr in allen Bundesländern belaufen. Bei einer Gesamtzahl von 10.535.485 Minderjährigen zum Stichtag 31.12.2004 wären das 1,72 € pro Minderjährigem pro Jahr. Solche Überlegungen relativieren die „Kosten für die Justizhaushalte", zudem müssen von diesem Betrag die von den Eltern als

[117] Gem. § 1 I 2 Nr. 2 BVormVG.

[118] *Rabe* (Anm. 95), S. 437, 438.

Kostenschuldner wieder zu erlangenden Beträge in Abzug gebracht werden, um festzustellen, welche Beträge letztendlich aus Steuermitteln aufgebracht werden müssen. Ein Frankfurter Banker hatte sich 1994 dadurch ins Abseits gebracht und damit das Unwort des Jahres kreiert, dass er im Zusammenhang von offenen Handwerkerrechnungen des Baulöwen Schneider in Höhe von etwa 50.000.000 DM von „peanuts" sprach. Würden die Bedarfsschätzungen von *Balloff/Koritz* von ca. 30.000 Fällen pro Jahr zugrunde gelegt,[119] so sähe die Modellrechnung wie folgt aus: 30.000 x 25 x 33,50. Unter Zugrundelegung des Stundensatzes von 33,50 € ergäbe sich ein Betrag von 25.125.000 €, was einem Aufwand von 837,50 € pro Fall entspräche. Verfahrenspfleger brauchen sich nicht zu scheuen, auch über Geld zu reden – zum Beispiel über diese Zahlen oder etwa darüber, welche Dienstleistungen dieser Qualität und mit diesen Anforderungen unter den heutigen Verhältnissen für 33,50 € pro Stunde zu haben sind. Die Diskussion um die Vergütung des Verfahrenspflegers hat in Deutschland einen unerträglichen Umfang angenommen und hätte vom Gesetzgeber beendet werden müssen; jetzt beginnt sie von Neuem. Auf ein Ende dieser Diskussion, nicht aber auf eine völlige Infragestellung dieser erfolgreichen noch jungen Rechtsfigur, hatten sie gehofft, um mehr als enttäuscht zu werden.

Nicht ohne Grund frustrierte Verfahrenspfleger, die sich auf eigene Kosten eine Zusatzqualifikation erworben haben, stehen vor der für sie existentiellen Frage, ob sie wegen der Pauschalierung überhaupt noch Verfahrenspflegschaften nach dem Inkrafttreten des FGG-RG am 01.09.2009 werden übernehmen können. Hier geht der Staat mit gesellschaftlichen Ressourcen mehr als leichtfertig um, obwohl gerade an qualifizierten Verfahrenspflegern nach wie vor ein großer Bedarf besteht, und was noch mehr ins Gewicht fällt: Er versagt ohnehin bereits schwer belasteten Kindern und Jugendlichen in für sie bezüglich ihres weiteren Lebensschicksals Weichen stellenden Verfahren eine qualifizierte Interessenvertretung, die sich im notwendigen Umfang ihren Anliegen widmen kann. Bei im Übrigen großer Zufriedenheit mit Arbeitsfeld und Aufgabe äußerten in der Untersuchung von *Stötzel* gerade bezüglich „Vergütungsproblemen wegen ungeklärter Rolle" Verfahrenspfleger die meiste Unzufriedenheit: *„Existenzsicherung nicht möglich, keine berufliche Perspektive, raubt zuviel Energie, mindert Engagement, andere Tätigkeiten finanziell lohnender, gute inhaltliche Arbeit nicht möglich"*.[120] Dieser belastenden Situation setzt der Gesetzgeber noch eins drauf, indem er erkennbar unzureichende Fallpauschalen, die noch die gesamten Auslagen decken müssen, festsetzt. Trotz der Fragwürdigkeit von

[119] *Rainer Balloff/Nikola Koritz*, Handreichung für Verfahrenspfleger, 2006, S. 92.
[120] *Stötzel* (Anm. 80), S. 163.

Fallpauschalen wären sie wegen der Vermeidung von bürokratischem Aufwand – allerdings nur dann – hinnehmbar, wenn sie den erforderlichen durchschnittlichen Aufwand einer qualifizierten Interessenvertretung und die Nebenkosten abdecken würden. Zudem müsste unter außergewöhnlichen Umständen eine nicht pauschal zu begrenzende Erhöhung durch den Richter möglich sein. Über die Motivationslage der Rechtspolitik ließe sich noch trefflich spekulieren: Verfahrenspfleger sind unbequem, sie müssen sich erforderlichenfalls auch zwischen die Stühle setzen, sie müssen uns immer wieder auf Unzulänglichkeiten aufmerksam machen, und dafür sollen sie auch noch, unter Umständen sogar noch höher als ein Rechtsanwalt, vergütet werden?! Zu Spekulationen über die Motivationen der Rechtspolitiker, konkret der Mitglieder des Rechtsausschusses, gibt das Plenarprotokoll der abschließenden Entscheidung des Bundestages zusätzlichen Anlass. Die vom Rechtsausschuss empfohlene Pauschalierung der Verfahrensbeistandsvergütung musste offensichtlich selbst in den Fraktionen der die Regierung tragenden Mehrheit durchgesetzt werden.[121] Während der Rede des Abgeordneten *Wunderlich* (DIE LINKE) gab es einen bemerkenswerten, im Plenarprotokoll aufgenommenen Zwischenruf des Abgeordneten *Stünker* (SPD) – beide sind Mitglieder des Rechtsausschusses:

Wunderlich (DIE LINKE):

> *„Warum es zu diesen 350 Euro bzw. 550 Euro gekommen ist, wissen wir doch. Es wurde gesagt: Schimpfen Sie mit uns! Meckern Sie mit uns! Das ist ein Zugeständnis an die Länder. – Andernfalls würde das Gesetz im Bundesrat nicht verabschiedet. Aus Finanzgründen werden bestimmte Verfahrenskosten festgelegt."*

Zwischenruf *Stünker* (SPD):

> *„Wenn Sie so etwas hier erzählen, mache ich mit Ihnen nie wieder ein Berichterstattergespräch!"*

Wunderlich (DIE LINKE):

> *„Letztendlich ist es ein Eingeständnis bezüglich der finanziellen Situation der Länder. Sie ist auch Grund dafür, dass im familiengerichtlichen Bereich keine zusätzlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden."*

Warum der Abgeordnete *Stünker* (SPD) so aufgebracht war an dieser Stelle, dass er sich zu diesem drohenden „Ordnungsruf" hinreißen ließ, bleibt offen.

[121] Vgl. Protokoll der 2. und 3. Lesung des FGG-RG, 173. Sitzung des Deutschen Bundestages am Freitag, dem 27.06.2008, Hinweis in der Rede der Abgeordneten *Granold* (CDU/CSU), Mitglied des Rechtsauschusses.

Möglich geworden ist diese Entscheidung zur Pauschalierung sicherlich wohl auch, weil es an einer auch von der Anzahl der Stimmen her starken Opposition im Deutschen Bundestag derzeit mangelt. Interessant wäre es zu erfahren, wie viele der dieser rechtspolitischen Entscheidung zustimmenden Volksvertreter sich zugleich für eine Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz stark machen.

Die federführenden Ausschüsse Recht und Finanzen des Bundesrates haben u.a. mit nachfolgender Begründung empfohlen, dem FGG-RG zuzustimmen:

> *„Der Kritik des Bundesrates ist hierbei in folgenden Punkten Rechnung getragen worden:*
>
> *Das Gesetz nimmt nunmehr eine Begrenzung der Bestellungsgründe von Verfahrensbeiständen vor. Darüber hinaus erfolgt eine Differenzierung zwischen einem ‚einfachen' und einem ‚erweiterten' Aufgabenkreis. Der ‚erweiterte' Aufgabenkreis muss vom Gericht konkret festgelegt und begründet werden. Die Vergütung des Verfahrensbeistandes wird pauschaliert und nach dem jeweiligen Aufgabenkreis gestaffelt. Im Normalfall erhält der Verfahrensbeistand künftig 350 Euro, soweit ihm weitere Aufgaben übertragen werden 550 Euro (jeweils einschließlich Aufwandsentschädigung und Mehrwertsteuer)."*

Der Bundesrat hat am 19.09.2008 dem FGG-RG zugestimmt – es tritt am 01.09.2009 in Kraft.

IV. Resümee

Mit der neuen Umgangspflegschaft verabschiedet sich der Gesetzgeber vom Grundsatz, dass Eingriffe in das elterliche Sorgerecht erst bei (nicht anders abwendbaren) erheblichen Kindeswohlgefährdungen zulässig sind. Bleibt zu hoffen, dass die Praxis mit größter Behutsamkeit von der Bestellung von Umgangspflegschaften Gebrauch macht, insbesondere dann, wenn Umgang gegen den Kindeswillen durchgesetzt werden soll, was sich aus rechtlichen, fachlichen und ethischen Gründen verbietet.

Die massive Bedrohung der eigenständigen Interessenvertretung Minderjähriger – die bislang eine Erfolgsgeschichte zu werden schien – tritt am 01.09.2009 in Kraft. Verfahrenspfleger/-beistände werden sich auf die neue vergütungsrechtliche Situation einzustellen haben, mit welchen persönlichen Konsequenzen, das kann nur von ihnen beantwortet werden. Es wäre schade, insbesondere für die auf qualifizierte und einfühlsame Verfahrenspfleger/-beistände angewiesenen Minderjährigen, wenn allzu viele dieser erfahrenen und bewährten

Interessenvertreter Minderjähriger sich von diesem bedeutsamen, aber auch herausfordernden Arbeitsfeld abwenden müssten, geht es doch bei der Gruppe von Minderjährigen, die auf einen Verfahrenspfleger bzw. -beistand zur eigenständigen Wahrnehmung ihrer Interessen angewiesen sind, um Minderjährige, die bereits erheblich gefährdet sind oder waren bzw. denen eine solch massive Beeinträchtigung ihres Wohls droht.

Sicherlich: Auf die Situation vor 1998 sind wir noch nicht zurückgeworfen, aber es gilt in mühsamer Arbeit die Rechtspolitik davon zu überzeugen, dass diese Fehlentscheidung alsbald korrigiert werden muss.

Anhang: Synopse zu § 50 FGG/§ 158 FamFG

§ 50 FGG	**§ 158 FamFG (Regierungsentwurf, BT-Drucks. 16/6308)**	**§ 158 FamFG (vom BT verabschiedete Fassung, BT-Drs. 16/9733)**
(1) Das Gericht kann dem minderjährigen Kind einen Pfleger für ein seine Person betreffendes Verfahren bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.	(1) Das Gericht hat dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen, die seine Person betreffen, einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.	(1) Das Gericht hat dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen, die seine Person betreffen, einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.
(2) Die Bestellung ist in der Regel erforderlich, wenn	(2) Die Bestellung ist in der Regel erforderlich,	(2) Die Bestellung ist in der Regel erforderlich,
	1. wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat und dies beantragt,	
1. das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht,	2. wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht,	1. wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht,
2. Gegenstand des Verfahrens Maßnahmen wegen Gefährdung des Kindeswohls sind, mit denen die Trennung des Kindes von seiner Familie oder die Entziehung der gesamten Personensorge verbunden ist (§§ 1666, 1666a des Bürgerlichen Gesetzbuchs), oder	3. in Verfahren nach den §§ 1666 und 1666a des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge in Betracht kommt,	2. in Verfahren nach den §§ 1666 und 1666a des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge in Betracht kommt,
	4. wenn eine Trennung des Kindes von der Person erfolgen soll, in deren Obhut es sich befindet,	3. wenn eine Trennung des Kindes von der Person erfolgen soll, in deren Obhut es sich befindet,

3. Gegenstand des Verfahrens die Wegnahme des Kindes von der Pflegeperson (§ 1632 Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder von dem Ehegatten, dem Lebenspartner oder Umgangsberechtigten (§ 1682 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ist.	5. in Verfahren, die die Herausgabe des Kindes oder eine Verbleibensanordnung zum Gegenstand haben oder	4. in Verfahren, die die Herausgabe des Kindes oder eine Verbleibensanordnung zum Gegenstand haben oder
	6. wenn der Ausschluss oder eine Beschränkung des Umgangsrechts in Betracht kommt	5. wenn der Ausschluss oder eine wesentliche Beschränkung des Umgangsrechts in Betracht kommt
Sieht das Gericht in diesen Fällen von der Bestellung eines Pflegers für das Verfahren ab, so ist dies in der Entscheidung zu begründen, die die Person des Kindes betrifft.	(3) Der Verfahrensbeistand ist so früh wie möglich zu bestellen. Er wird durch seine Bestellung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen. Sieht das Gericht in den Fällen des Absatzes 2 von der Bestellung eines Verfahrensbeistands ab, ist dies in der Endentscheidung zu begründen. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands oder deren Aufhebung sowie die Ablehnung einer derartigen Maßnahme sind nicht selbständig anfechtbar.	(3) Der Verfahrensbeistand ist so früh wie möglich zu bestellen. Er wird durch seine Bestellung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen. Sieht das Gericht in den Fällen des Absatzes 2 von der Bestellung eines Verfahrensbeistands ab, ist dies in der Endentscheidung zu begründen. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands oder deren Aufhebung sowie die Ablehnung einer derartigen Maßnahme sind nicht selbständig anfechtbar.
	(4) Der Verfahrensbeistand hat das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. Er hat das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise zu informieren. Zur Erfüllung seiner Aufgaben kann er auch Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes führen sowie am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitwirken. Der Verfahrensbeistand kann im Interesse des Kindes Rechtsmittel einlegen. Er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes.	(4) Der Verfahrensbeistand hat das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. Er hat das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise zu informieren. Soweit nach den Umständen des Einzelfalls ein Erfordernis besteht, kann das Gericht dem Verfahrensbeistand die zusätzliche Aufgabe übertragen, Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes zu führen sowie am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitzuwirken. Das Gericht hat Art und Umfang der Beauftragung konkret festzulegen und die Beauftragung zu begründen. Der Verfahrensbeistand kann im Interesse des Kindes Rechtsmittel einlegen. Er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes.

(3) Die Bestellung soll unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn die Interessen des Kindes von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden.	5) Die Bestellung soll unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn die Interessen des Kindes von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden.	5) Die Bestellung soll unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn die Interessen des Kindes von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden.
(4) Die Bestellung endet, sofern sie nicht vorher aufgehoben wird, 1. mit der Rechtskraft der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder 2. mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens	(6) Die Bestellung endet, sofern sie nicht vorher aufgehoben wird, 1. mit der Rechtskraft der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder 2. mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens.	(6) Die Bestellung endet, sofern sie nicht vorher aufgehoben wird, 1. mit der Rechtskraft der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder 2. mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens.
(5) Der Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Pflegers bestimmen sich entsprechend § 67a.	(7) Für den Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Verfahrensbeistands gilt § 277 entsprechend.	(7) Für den Ersatz von Aufwendungen des nicht berufsmäßigen Verfahrensbeistands gilt § 277 Abs. 1 entsprechend. Wird die Verfahrensbeistandschaft berufsmäßig geführt, erhält der Verfahrensbeistand eine einmalige Vergütung in Höhe von 350 Euro. Im Falle der Übertragung von Aufgaben nach Absatz 4 Satz 3 erhöht sich die Vergütung auf 550 Euro. Die Vergütung gilt auch Ansprüche auf Ersatz anlässlich der Verfahrensbeistandschaft entstandener Aufwendungen sowie die auf die Vergütung anfallende Umsatzsteuer ab. Der Aufwendungsersatz und die Vergütung sind stets aus der Staatskasse zu zahlen. Im Übrigen gilt § 168 Abs. 1 entsprechend.
	(8) Dem Verfahrensbeistand sind keine Kosten aufzuerlegen.	(8) Dem Verfahrensbeistand sind keine Kosten aufzuerlegen.

Verfahrensbeistand und Umgangspfleger nach dem FamFG – wahre Interessenvertreter des Kindes?

Barbara Veit

I. Der Verfahrensbeistand

1. Thesen

(1) Mit § 158 FamFG werden wichtige Streitfragen zu Funktion und Aufgaben des Verfahrenspflegers aufgegriffen, aber nicht eindeutig gelöst, sondern neue Fragen aufgeworfen.

(2) Im Vorschlag der Bundesregierung fehlt eine klare Entscheidung für die Funktion des Verfahrensbeistands als Anwalt des Kindes. Der Gesetzesvorschlag des Rechtsausschusses enthält klarere Vorgaben, ist aber dennoch im Ergebnis auch nicht eindeutig.

(3) § 158 IV 3 FamFG (Regierungsentwurf) ist wegen der Gefahr einer unzulässigen Vermischung mit den Rollen anderer Verfahrensbeteiligter abzulehnen.

(4) § 158 IV 3 FamFG (Rechtsausschuss) enthält eine problematische Aufspaltung zwischen originären und übertragenen Aufgaben des Verfahrensbeistands.

2. Neuregelung der Verfahrensbeistandschaft

Grundsätzlich zu begrüßen ist die Entscheidung des Gesetzgebers, § 50 FGG zu überarbeiten und sich damit der seit Einführung der Verfahrenspflegschaft von 1998 entstandenen Streitfragen betreffend Aufgaben und Rechtsstellung des Verfahrenspflegers anzunehmen, zu denen inzwischen eine Unmenge an Literatur und Rechtsprechung, letztere meist zu Vergütungsfragen, erschienen ist.[1] Wichtige Verbesserungen stellen vor allem der Katalog der Regelbeispiele in § 158 II FamFG[2] sowie § 158 IV FamFG dar, in dem erstmals Aufgaben und Befugnisse des Verfahrenspflegers umschrieben werden. Vor allem § 158 IV 3 FamFG könnte für Rechtssicherheit sorgen, weil die Verfahrenspfleger in Zukunft, anders als bisher, bereits vor Aufnahme ihrer Tätigkeit den Umfang ihrer Befugnisse kennen. Dennoch bleiben in Bezug auf Funktion, Aufgabenstellung und Befugnisse des Verfahrensbeistands zahlreiche Fragen offen, von denen nachfolgend einige[3] skizzenartig beleuchtet werden sollen.

---

[1] Überblick über die Rechtsprechung aus jüngerer Zeit: *Sybille Kiesewetter/Susanne Schröder*, Das Ringen um die Vergütung der Verfahrenspfleger – eine Übersicht über Gesetzgebung und Rechtsprechung, FPR 2006, S. 20, 22; *Martin Menne*, Die Tätigkeit des Verfahrenspflegers im Spiegel der Rechtsprechung, JAmt 2005, S. 274, 275 f. Zur monographischen Literatur seit Erlass des § 50 FGG: *Maud Zitelmann*, Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Recht und Pädagogik, 2001; *Manuela Stötzel*, Wie erlebt das Kind die Verfahrenspflegschaft? Studie zum Qualitätsstand der Institution Verfahrenspflegschaft (gem. § 50 FGG) unter Berücksichtigung der Perspektive des Kindes, 2005; *Hanne Gummersbach*, Die Subjektstellung des Kindes – Die verfahrensrechtliche Neuerung des Anwalts des Kindes in § 50 FGG, 2005; *Harry Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille: Psychologische und rechtliche Aspekte, 2. Aufl. 2007. Grundlegend *Ludwig Salgo*, Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren. Eine vergleichende Studie, 1996.

[2] Kritisch zum Katalog des § 158 II FamFG im Einzelnen *Ludwig Salgo*, Neue Perspektiven bei der Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche – § 166 FamFG-E, FPR 2006, S. 12, 13 f.

[3] Unberücksichtigt bleibt die äußerst schwierige Regelung von § 158 VII. Diese Regelung ist in der Fassung des Regierungsentwurfs im Bundesrat wegen der zu erwartenden erheblichen Kostensteigerungen für die Justizhaushalte abgelehnt worden (BR-Drs. 309/07 [Beschluss], S. 43). Der Rechtsausschuss rechtfertigt seine Änderungsvorschläge zu § 158 II Nr. 5, IV und VII FamFG mit der drohenden Belastung der Länderhaushalte (BT-Drs.

3. Die Funktion des Verfahrensbeistands

a) Vorschlag der Bundesregierung

Im Vorschlag der Bundesregierung[4] fehlt eine klare Entscheidung zugunsten der Funktion des Verfahrensbeistands als Anwalt des Kindes. Schon der Wortlaut von § 158 IV 1 FamFG, wonach der Verfahrensbeistand das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zum Ausdruck zu bringen hat, lässt offen, was unter „Interesse" zu verstehen ist. Der Ausdruck „Interesse" ist vieldeutig (Aufmerksamkeit, Absicht, Vorteil, Nutzen).[5] Auch der systematische Zusammenhang hilft nicht weiter. § 158 II FamFG listet Fallgestaltungen auf, in denen ein Verfahrensbeistand in der Regel zu bestellen ist. Soweit nach § 158 II Nr. 1 der Antrag eines 14-jährigen Kindes für die Bestellung genügt, spricht dies für eine reine Interessenvertretung im Sinne des subjektiven Interesses des Kindes. Nr. 2 verwendet den Begriff des Interesses dagegen unter Inbezugnahme der Interessen der (des) gesetzlichen Vertreter(s), was unterschiedliche Deutungen des Interessenbegriffs zulässt. Würde man etwa für beide Personen auf das objektive Interesse abstellen, so gäbe es an sich gar keinen Interessengegensatz, weil die Eltern dem Kindeswohl verpflichtet sind. Dann bedürfte es aber auch keiner Bestellung eines Verfahrensbeistands.[6] Deutlicher ist dagegen die Gesetzesbegründung, wonach „der Verfahrensbeistand […] bei seiner Stellungnahme sowohl das subjektive Interesse des Kindes (Wille des Kindes) als auch das objektive Interesse des Kindes (Kindeswohl) einzubeziehen" hat.[7]

Sicherlich kann der Kindeswille als Ausdruck des subjektiven Kindesinteresses nicht strikt vom Kindeswohl als Ausdruck des objektiven Interesses getrennt werden.[8] Dennoch beinhaltet das Adjektivattribut „objektiv" die Gefahr, dass

16/9733 S. 365, 366) und kommt damit den Bedenken des Bundesrates entgegen. Äußerst kritisch zu dieser Argumentation und anderen im nachfolgenden Text angesprochenen Punkten äußern sich in diesem Band *Michael Coester*, Verfahren in Kindschaftssachen (S. 39 ff.), sowie *Ludwig Salgo*, „Zwei Schritte nach vorn, zwei Schritte zurück"?! Kritische Anmerkungen zur Installierung des Umgangspflegers (S. 153 ff.); siehe auch Presseerklärungen der *Bundesarbeitsgemeinschaft Verfahrenspflegschaft* vom 07.06.2008 und vom 27.06.2008 unter http://verfahrenspflegschaft-bag.de/bag/cms/front_content.php.

[4] BR-Drs. 309/07.

[5] *Uwe Diederichsen*, Die Verfahrenspflegschaft für das minderjährige Kind als bloße Ergänzungspflegschaft, in: Eberhard Schilken u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerhardt, 2004, S. 119, 128, Fn. 31.

[6] Interessant insoweit die Entscheidung des OLG Celle FamRZ 2002, S. 121; *Diederichsen* (Anm. 5), S. 132 f.

[7] BR-Drs. 309/07, S. 532.

[8] *Gummersbach* (Anm. 1), S. 288 f.

pädagogische und sozialethische Wertungen in die Begriffsbestimmung einfließen, die im Einzelfall den subjektiven Interessen des Kindes zuwiderlaufen können.[9] Dies widerspräche aber der Zweckrichtung des Instituts der Verfahrenspflegschaft bzw. -beistandschaft im Sinn einer allein kindlichen, d.h. subjektiven Interessen verpflichteten Vertretung.[10] Das BVerfG hat wiederholt entschieden, dass die Grundrechte des Kindes aus Art. 6 II und Art. 2 I i.V.m. Art. 103 GG die Pflicht des Staates begründen, das Kindeswohl verfahrensrechtlich dadurch zu sichern, dass eine eigenständige Wahrnehmung der Kindesbelange sichergestellt sei. Diese Aufgabe obliege grundsätzlich den Eltern. Wenn diese jedoch das Verfahren zur Wahrung eigener Interessen führen, könnten ihre Interessen in einen Konflikt mit denen des Kindes geraten. In diesem Fall müsse dem Kind die Möglichkeit eingeräumt werden, sein eigenes Interesse, das möglicherweise weder von den Eltern noch von dem Gericht zutreffend erkannt und formuliert wird, in einer den Anforderungen des rechtlichen Gehörs entsprechenden Eigenständigkeit im Verfahren geltend zu machen. Dies geschehe durch einen Verfahrenspfleger.[11] Der Verfahrenspfleger hat damit die subjektiven Interessen des Kindes im Verfahren zu vertreten, hat also nicht neben dem Richter das Wohl des Kindes zu ergründen und dazu Stellung zu nehmen. Vielmehr hat er zu ermitteln, welche Interessen und Wünsche das Kind bei dem streitbefangenen Gegenstand leiten, und diese ins Verfahren einzubringen.[12]

b) Vorschlag des Rechtsausschusses

Der Rechtsausschuss sieht mit der Neuregelung von § 9 I Nr. 3 FamFG (Verfahrensfähigkeit des Kindes) sowie der Ergänzung von § 159 IV 3 FamFG (Anhörung des Kindes in Anwesenheit des Verfahrensbeistands) wichtige Verbesserungen der verfahrensrechtlichen Stellung der Kinder vor. Durch die Herausnahme von § 158 II Nr. 1 FamFG in der Fassung des Regierungsentwurfs und Verortung des Regelungsinhalts in § 9 FamFG wird klargestellt, dass der Verfahrensbeistand in erster Linie für jüngere Kinder zugeschnitten

[9] *Diederichsen* (Anm. 5), S. 133.

[10] OLG Dresden FamRZ 2003, S. 877, 878; OLG Brandenburg FamRZ 2001, S. 692 f.; KG Berlin FamRZ 2002, S. 1661; *Gummersbach* (Anm. 1), S. 272 ff.; *Hanne Grüttner*, Der Anwalt des Kindes in § 50 FGG – Grundkonzeption einer subjektiv-advokatorischen Interessenvertretung, ZKJ 2006, S. 61 ff.; *Gerd Brudermüller*, in: Kurt Johannsen/Dieter Henrich (Hrsg.), Eherecht – Scheidung, Trennung, Folgen. Kommentar, 4. Aufl. 2003, § 50 FGG, Rn. 5.

[11] BVerfG FamRZ 2006, S. 1261, 1263; BVerfG FamRZ 1999, S. 85, 87.

[12] BVerfG FamRZ 2004, S. 1267, 1269 f.; in diese Richtung auch BVerfG FamRZ 1999, S. 85, 87: Interessenvertretung im Sinne einer Parteivertretung; kritisch zu dieser Entscheidung *Diederichsen* (Anm. 5), S. 123.

ist,[13] bei denen oft das sprachliche Ausdrucksvermögen noch fehlt, um die Wünsche willensgerecht zu artikulieren. Das schließt aber die Bestellung eines Verfahrensbeistands bei über 14-jährigen Kindern nicht aus. Zu nennen sind vor allem Fallgestaltungen, in denen die Konflikte mit den Eltern das Kind so sehr belasten (weil es auch Streitobjekt der Eltern wird), dass es wegen tiefgreifender Loyalitätskonflikte teilweise oder gar ganz verstummt.[14] Es ist zu vermuten, dass diese Fälle häufig unter die in § 158 II FamFG genannten Regelbeispiele fallen.

Dennoch fehlt auch im Entwurf des Rechtsausschusses eine eindeutige Festlegung auf die subjektive Interessenvertretung. Zweifel wirft vor allem die Regelung des § 158 IV FamFG auf, in dem die Aufgaben und Befugnisse des Verfahrensbeistands geregelt sind. Während § 158 IV 1 und 2 FamFG noch im Sinn einer subjektiven Interessenvertretung verstanden werden können, bleibt bei § 158 IV 3 FamFG unklar, ob der Verfahrensbeistand im Umfang der nach dieser Norm vom Gericht übertragenen Aufgaben nur Beauftragter des Gerichts und damit der Suche nach der kindeswohlgerechten Entscheidung verpflichtet ist, oder ob er weiter subjektiver Interessenvertreter des Kindes bleibt.

4. Die Aufgaben und Befugnisse des Verfahrensbeistands

a) Die im Gesetzgebungsverfahren umstrittenen und unstrittigen Elemente des § 158 IV FamFG

§ 158 IV FamFG enthält erstmals eine Präzisierung der Aufgaben und Befugnisse des Verfahrensbeistands, die grundsätzlich zu begrüßen ist.[15] Da aber eine klare Festlegung des Gesetzgebers im Bereich der Aufgabenumschreibung fehlt, bleibt diese Unklarheit auch bei der Festlegung der Befugnisse in § 158 IV FamFG. Das Gesetz listet einzelne klare und bislang auch in der Rechtsprechung anerkannte Befugnisse des Verfahrensbeistands auf: Dazu gehört die aus der Stellung als Beteiligter des Verfahrens (§ 158 III 2 FamFG) resultierende Befugnis, im Interesse des Kindes Rechtsmittel einzulegen oder auch zurückzunehmen (§ 158 IV 4 FamFG) sowie das Kind im Rahmen der mündlichen Anhörung zu begleiten (§ 159 IV 4 FamFG). Nach § 158 IV 1 FamFG hat der Verfahrensbeistand das Interesse des Kindes festzustellen. Unter die

---

[13] BT-Drs. 16/9733, S. 366.

[14] *Eberhard Carl/Katja Schweppe*, Der Streit um die Aufgaben des Verfahrenspflegers nach § 50 FGG, FPR 2002, S. 251, 253.

[15] Dafür auch *Martin Menne*, Reform des Verfahrenspflegschaftsrechts: Vom Verfahrenspfleger zum Verfahrensbeistand, FPR 2006, S. 44, 45; *Wolfgang Jaeger*, Verfahren in Kindschaftssachen, FPR 2006, S. 410, 413.

„Feststellung des Kindesinteresses“ im Sinn dieser Norm lassen sich zahlreiche unstreitige Aufgaben subsumieren, wie z.B. Kontaktaufnahme zum Kind, ausführliche Erfassung des Kindeswillens, Begleitung des Kindes zum Gerichtstermin.[16] Auch die Unterrichtungspflicht nach § 158 IV 2 FamFG lässt sich hierunter fassen, mag sie sich auch mit der Pflicht des Gerichts nach § 159 IV FamFG decken.

Problematisch sind vielmehr die in § 158 IV 3 FamFG aufgelisteten Befugnisse, die schon bislang in Rechtsprechung und Literatur am umstrittensten waren, und zwar das Recht, Gespräche mit Eltern und weiteren Bezugspersonen zu führen, sowie die Mitwirkung am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand.[17] In diesem Punkt weicht die Empfehlung des Rechtsausschusses erheblich vom Gesetzentwurf der Bundesregierung ab.

b) *Vorschlag der Bundesregierung zu § 158 IV 3 FamFG*

Nach dem Vorschlag der Bundesregierung hat der Verfahrensbeistand kraft Gesetzes die Befugnis, Gespräche mit den Eltern und anderen Vertrauenspersonen zu führen sowie am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitzuwirken. Diese Regelung birgt die Gefahr einer unzulässigen Vermischung mit den Rollen, die auch anderen Verfahrensbeteiligten zugedacht sind.[18] Die Gefahr entsteht allerdings nur deshalb, weil die Bundesregierung eine klare Entscheidung für eine rein subjektive Interessenvertretung vermissen lässt. Beide genannten Aufgaben- bzw. Befugnisfelder obliegen auch anderen Verfahrensbeteiligten, die das objektive Kindeswohl ergründen müssen, so etwa dem Gericht (siehe § 160 FamFG [Anhörung der Eltern], § 157 [Erörterung der Kindeswohlgefährdung], § 156 FamFG [Hinwirken auf ein Einvernehmen] sowie § 165 FamFG [Vermittlungsverfahren]).

c) *Der Vorschlag des Rechtsausschusses zu § 158 IV 3 FamFG*

Der Vorschlag des Rechtsausschusses führt jetzt zu einer Zweiteilung der Aufgaben bzw. Befugnisse des Verfahrensbeistands in originäre und vom Gericht abgeleitete. Diese Aufteilung hat erhebliche Auswirkungen auf die Vergütung nach § 158 VII FamFG; die neue Vergütungsregelung verdankt diesem

[16] Überblick bei *Kiesewetter/Schröder* (Anm. 1), S. 22 f.

[17] Überblick bei *Kiesewetter/Schröder* (Anm. 1), S. 22 f.

[18] BR-Drs. 309/07 (Beschluss), S. 45; für den Vorschlag der Bundesregierung *Salgo* (Anm. 2), S. 15; *Ezra Zivier*, Verfahrenspflegschaft aus Sicht des Familienrichters, FPR 2006, S. 29, 32.

Kontext sogar ihre Entstehung.[19] Originär steht dem Verfahrensbeistand danach zu, das Kindesinteresse festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen (§ 158 IV 1 und 2 FamFG). Abgeleitet ist demgegenüber der in § 158 IV 3 und 4 FamFG genannte Wirkungskreis (vor allem das Führen von Gesprächen mit Bezugspersonen des Kindes sowie die Mitwirkung an einvernehmlichen Regelungen). Diese Zweiteilung der Aufgaben ist aus mehreren Gründen problematisch.

1. Es fehlt eine klare Abgrenzung des derivativen vom originären Aufgabenbereich. So gehört etwa zur Feststellung des Kindesinteresses (§ 158 IV 1 FamFG) nicht nur, die Wünsche und Erklärungen des Kindes anzuhören und dem Gericht mitzuteilen. Vielmehr geht es darum, den zum Teil dahinter stehenden wahren Willen zu ermitteln. Hierzu kann aber auch gehören, dass die Äußerungen des Kindes in den Kontext der Lebensumstände eingeordnet und hierzu im Einzelfall auch Gespräche mit Eltern und anderen Vertrauenspersonen geführt werden.[20] Die Gesprächsführung mit Bezugspersonen, die vom Rechtsausschuss zur Vermeidung von Vermischung mit den Aufgaben anderer Verfahrensbeteiligter ausdrücklich dem derivativen Aufgabenbereich zugeordnet wurde,[21] gehört mithin an sich schon zum originären Aufgabenbereich.

2. Der Verfahrensbeistand kann nach der Konzeption des Rechtsausschusses nicht mehr nach freiem Ermessen entscheiden, ob er Gespräche mit den Eltern führt, sondern nur nach einer positiven Erforderlichkeitsprüfung des Gerichts. Damit wird der Verfahrensbeistand zum Beauftragten des Gerichts und zu einer Person, die der Leitung und Weisung des Gerichts unterliegt, und erlangt so eine Zwitterstellung.

3. Unklar bleibt, mit welchen Bezugspersonen der Verfahrensbeistand Gespräche führen können soll – nur mit Verwandten oder anderen Bezugspersonen im Sinne von § 1685 BGB oder gar mit dem Jugendamt.

---

[19] Dazu näher Anm. 3.

[20] *Carl/Schweppe* (Anm. 14), S. 253; Johannsen/Henrich/*Brudermüller* (Anm. 10), § 50 FGG, Rn. 5.

[21] BT-Drs. 16/9733, S. 366; so auch schon der Bundesrat BR-Drs. 309/07 (Beschluss), S. 45.

II. Der Umgangspfleger

1. Thesen

(1) Der Umgangspfleger nach § 1684 III 3 BGB n.F. ist kein Ergänzungspfleger im Sinne von § 1909 I 1 BGB.

(2) Die Umgangspflegschaft ist kein geeignetes Mittel, um die Kooperation der Eltern wieder herzustellen. Es ist deshalb zweifelhaft, ob der in der Anordnung liegende Eingriff in das Elternrecht überhaupt gerechtfertigt ist.

(3) Auf die Kindeswohlprüfung kann nicht deshalb verzichtet werden, weil nur Rechtspositionen der Eltern auszugleichen sind. Mit Blick auf den mit der Anordnung der Pflegschaft verbundenen Eingriff in das Elternrecht ist der Verzicht auf die Schwelle des § 1666 BGB verfassungsrechtlich bedenklich.

(4) Die Entscheidung des Gesetzgebers läuft der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG zuwider, wonach ein Umgang mit dem Kind, der nur mit Zwangsmitteln durchgesetzt wird, in der Regel nicht dem Kindeswohl dient.[22]

(5) § 1684 III 3 BGB n.F. enthält keine saubere Abgrenzung zu anderen Mitteln, die das materielle Recht sowie das Verfahrensrecht bereitstellen, um die Kooperationsfähigkeit der Eltern zu verbessern.

2. Der neue Umgangspfleger als Ergänzungspfleger neuer Prägung?

Mit der Regelung des § 1684 III 3 BGB n.F. soll eine Pflegschaft mit dem Aufgabenkreis der Durchführung des Umgangs („Umgangspflegschaft“) ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.[23] Damit wird die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft ermöglicht, ohne dass den Eltern zuvor die elterliche Sorge nach § 1666 BGB entzogen worden ist.[24] Demgegenüber kann nach geltendem Recht ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB mit dem Aufgabenbereich einer Regelung des Umgangs erst bestellt werden, wenn zuvor dem pflichtverletzenden Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Dauer des Umgangs unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB entzogen worden ist.[25] Auf diese Umgangspflegschaft neuen Rechts sollen die Regeln der

[22] BVerfG FamRZ 2008, S. 845, 850.

[23] BR-Drs. 309/07, S. 796.

[24] BR-Drs. 309/07, S. 796.

[25] BVerfG NJW-RR 2006, S. 1 f.; OLG Brandenburg FamRZ 2007, S. 577, 579; OLG Saarbrücken ZKJ 2007, S. 495, 496 ff. m. Anm. *Martin Menne*; *ders.*, Der Umgangspfleger – ein unbekanntes Wesen?, ZKJ 2006, S. 445, 446 m.w.N.

§§ 1909 ff. BGB Anwendung finden.[26] Solange der Tatbestand des § 1909 BGB aber nicht um diese Variante erweitert wird, kann er nicht unmittelbar, sondern allenfalls analog angewendet werden. Allein der wiederholte Verstoß führt nämlich noch nicht zu einer rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung der Eltern. § 1684 III 3 BGB n.F. kann selbst auch nicht die Grundlage für die rechtliche Verhinderung darstellen, weil sie bereits die Anordnung der Pflegschaft enthält. Insoweit stellt sich die Frage, ob der Umgangspfleger nicht eher ein Ergänzungspfleger eigener Art ist. Näher liegt sogar, das neue Institut der Ebene der Durchsetzung einer umgangsrechtlichen Entscheidung und damit der Vollstreckung zuzuordnen. Die Umgangspflegschaft wäre dann eine Form der Realexekution, die neben die Ordnungsmittel träte, die in §§ 89 f. FamFG umschrieben sind. Der Umgangspfleger erinnert bei dieser Einordnung an die Figur des „Pressers" aus der gemeinrechtlichen Prozesspraxis.[27]

3. Umgangspflegschaft als ungeeignetes Mittel zur Erreichung der elterlichen Kooperation

Der Umgangspfleger soll, so die Intention des Gesetzgebers, durch seine Anwesenheit bei Vorbereitung und Durchführung des Umgangs einen gewissen Druck ausüben und erreichen, dass es den Eltern nach einiger Zeit gelingt, die Durchführung des Umgangs selbst zu regeln.[28] Damit soll eine Kooperation erzwungen werden, zu deren Rechtfertigung der Sache nach auf die Entscheidung des Gesetzgebers in § 1626 III BGB verwiesen wird. Direkt oder indirekt erzwungene Besuche erfüllen aber selten die in sie gesetzten Hoffnungen, sie schaden aber oft.[29] Auch hier gilt der aus dem gemeinsamen Sorgerecht bekannte Grundsatz, dass Gemeinsamkeit sich nicht erzwingen lässt.[30] Es ist deshalb zweifelhaft, ob der in der Anordnung der Umgangspflegschaft liegende Eingriff in das Elternrecht des betreuenden oder umgangsberechtigten Elternteils überhaupt geeignet ist, um das Ziel – konfliktfreier Umgang und Kooperation zwischen den Eltern – zu erreichen.

---

[26] BR-Drs. 309/07, S. 797.

[27] *Wilhelm Endemann*, Das Deutsche Zivilprozeßrecht, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1869, S. 992 m.w.N.

[28] BR-Drs. 309/07, S. 797.

[29] *Gisela Zenz*, Geleitwort, in: Alexandra Altrogge, Umgang unter Zwang: Das Recht des Kindes auf Umgang mit dem umgangsunwilligen Elternteil, 2007, S. VI.

[30] BT-Drs. 13/4899, S. 63; BGH NJW 2005, S. 2080; BGH FamRZ 1999, S. 1646, 1647; *Michael Coester*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, 2004, § 1671, Rn. 122; *Wolfgang Jaeger*, in: Johannsen/Henrich (Anm. 10), § 1671 BGB, Rn. 36c, 38.

4. Verzicht auf die hohe Schwelle der Kindeswohlgefährdung, aber nicht auf die Kindeswohlprüfung

Der Gesetzgeber verzichtet auf die hohe Schwelle einer Kindeswohlgefährdung mit Blick auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1971. Dort hat das Gericht betont, dass dann, wenn es um den Ausgleich zwischen den beiden eigenständigen und durch das Elternrecht geschützten Rechtspositionen der Eltern geht, ohne deren Vorrang als Erziehungsträger anzutasten, der Staat nicht an die strengen Voraussetzungen gebunden ist, die für einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht vorliegen müssen.[31] In dieser Entscheidung ging es aber um eine gerichtliche Anordnung gegenüber der Mutter, das Kind an bestimmten Tagen zur Abholung bereit zu halten und dem Vater zu übergeben, also um eine Anordnung, die heute auf § 1684 III 2 BGB gestützt werden kann. Die Umgangspflegschaft dient dagegen der Durchsetzung dieser Anordnung. Ob auch hierauf der genannte Grundsatz anwendbar ist, hat das BVerfG noch nicht entschieden. Im Übrigen hat das BVerfG in dieser Entscheidung betont, dass die Maßnahme auf jeden Fall zur Wahrung und Konkretisierung des Verkehrsrechts erforderlich und durch das Interesse des Kindes veranlasst sein muss.[32] Zudem verlangt auch § 1697a BGB auf jeden Fall eine Prognoseentscheidung (unter Heranziehung von Sachverständigen) dahin, ob der erzwungene Umgang dem Kindeswohl dient. Es stellt sich sogar die Frage, ob der mit der Vollstreckungsmaßnahme verbundene Eingriff in das Elternrecht im Sinn des Erziehungsrechts nicht doch die höhere Eingriffsschwelle des § 1666 BGB erfordert.[33]

5. Unvereinbarkeit mit der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG zu § 1684 BGB

Das BVerfG hat in seiner jüngsten Entscheidung zur zwangsweisen Durchsetzung des Umgangsrechts klargestellt, dass ein Umgang, der nur mit Zwangsmitteln gegen den umgangsunwilligen Elternteil durchgesetzt werden kann, in der Regel nicht dem Kindeswohl dienlich ist.[34] Das Gericht unterscheidet zwischen der gerichtlichen Umgangsverpflichtung, die den Elternteil nur ermahnt,

---

[31] BVerfGE 31, S. 194, 208.

[32] BVerfGE 31, S. 194, 208.

[33] Zu verfassungsrechtlichen Bedenken Arbeitskreis 14 des 16. *Deutschen Familiengerichtstags* vom 14. bis 17. September 2005 in Brühl, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), Brühler Schriften zum Familienrecht 2006, S. 154; *Ludwig Salgo*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum FGG-RG – BT-Drs. 16/6308 am 13.02.2008: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/ 30_fgg_teil_ii/04_stellungnahmen/stellungnahme_prof_salgo.pdf, S. 17.

[34] BVerfG FamRZ 2008, S. 850.

seiner Elternverantwortung nachzukommen, und der Androhung von Zwangsmitteln, mit denen ein Elternteil gegen seinen Willen dazu gedrängt wird, dem Kind zu begegnen.[35] Ein solcher ablehnender Wille könne aber nicht ohne Auswirkungen auf das Kind bleiben. Das Kind spüre, dass es als Person abgelehnt werde, und gerade diese ablehnende Haltung berge Gefahren für das Selbstwertgefühl des Kindes, so dass regelmäßig ein erzwungener Umgang nicht dem Kindeswohl diene.[36] Bei der Anordnung der Umgangspflegschaft müssen diese Grundsätze entsprechend gelten, geht es doch hier auch um eine Art von Zwang gegen den nicht loyalen Elternteil, sei es gegen den betreuenden, sei es gegen den umgangsberechtigten Elternteil.

6. Keine Abgrenzung zu anderen Mitteln zur Verbesserung der Kooperationsfähigkeit

Unklar bleibt das Verhältnis der Umgangspflegschaft zu anderen Mitteln der Konfliktlösung. Dazu gehört eine gerichtliche Anordnung nach § 1684 III 2 BGB, womit ein Sanktionsmechanismus unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB angeboten wird.[37] Ebenso unklar bleibt das Verhältnis zu § 1684 III 1 BGB. Das Gleiche gilt für das Verhältnis von § 1684 III 3 BGB n.F. zu den Mitteln in § 156 I FamFG (etwa die Anordnung, an einer Beratung teilzunehmen [Absatz 1 Satz 4]), zum Erziehungsgespräch nach § 157 FamFG oder etwa zum Vermittlungsverfahren nach § 165 FamFG. Die „Kann"-Bestimmung in § 1684 III 3 BGB n.F. lässt auch die Frage nach dem Verhältnis dieser Umgangsbegleitung zu der nach § 18 III 4 SGB VIII sowie nach § 1684 IV 3 BGB offen.

III. Fazit

Insgesamt betrachtet gehören die Konkretisierung sowie der Ausbau der Institution des Verfahrensbeistands sicherlich zu zentralen Fortschritten des neuen FamFG.[38] Dennoch ist zweifelhaft, ob der Gesetzgeber angesichts der offenen Fragen bereits sein Ziel erreicht hat, wesentliche Streitfragen aus dem Bereich des § 50 FGG einer (endgültigen) gesetzlichen Klärung zuzuführen.[39] Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber erneut die Möglichkeit ungenutzt gelassen

---

[35] BVerfG FamRZ 2008, S. 850.

[36] BVerfG FamRZ 2008, S. 851.

[37] *Barbara Veit*, in: Heinz-Georg Bamberger/Herbert Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1684, Rn. 29 m.w.N.

[38] *Salgo* (Anm. 2), S. 12; *Menne* (Anm. 15), S. 45.

[39] Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 309/07, S. 529.

hat, die Frage nach der Qualifikation des Verfahrensbeistands zu klären.[40] Nicht zu überzeugen vermag die Regelung zum Umgangspfleger. Zum einen ist schon die dogmatische Einordnung der Rechtsfigur mit Problemen verbunden. Zum anderen ist die Rechtsfigur meines Erachtens ungeeignet, um das Ziel zu erreichen, dass die Eltern die Durchführung des Umgangs selbst regeln. Die Regelung ist mit Blick auf die Eingriffsschwelle verfassungsrechtlich bedenklich und läuft der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur zwangsweisen Durchsetzung des Umgangsrechts zuwider. Zudem fehlt eine saubere Abgrenzung zu anderen Mitteln der Konfliktlösung. Die Regelung hätte deswegen gestrichen werden sollen.[41]

[40] Kritisch insoweit *Salgo* (Anm. 2), S. 15 f.; *Kiesewetter/Schröder* (Anm. 1), S. 25.
[41] So auch *Salgo* (Anm. 33), S. 17.

Die Neuregelung des Verfahrens bei Kindeswohlgefährdung Ein Blick auf die gesetzlichen Grundlagen

Dirk Hornikel

In wenigen Tagen wird das „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls" in Kraft treten.[1] Das Gesetz zielt darauf ab, Kindern in gefährdeten Lebenssituationen besseren staatlichen Schutz zukommen zu lassen, wobei die Erkenntnis zugrunde gelegt wird, dass Prävention das beste Mittel für einen effektiven Schutz ist. Daher ermöglicht das Gesetz die frühzeitige Anrufung des Familiengerichts, um etwaige Gefährdungslagen abzuklären und die Eltern gegebenenfalls dazu anzuhalten, öffentliche Hilfsangebote zur Stärkung oder Wiederherstellung der Elternkompetenz in Anspruch zu nehmen. Daneben wird für die Bearbeitung bestimmter Kindschaftssachen, zu denen auch Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls gehören, ein ausdrückliches Vorrang- und Beschleunigungsgebot statuiert.

Der verfahrensrechtliche Teil des Gesetzes wird von dem „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) aufgegriffen.[2] Nachfolgend sollen die wesentlichen verfahrensrechtlichen Neuerungen, die das „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls" mit sich bringt, dargestellt werden. Diese werden durch Vorschriften des „Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den An-

[1] Das Gesetz ist am 12. Juli 2008 in Kraft getreten.

[2] Das FGG-RG wurde am 27. Juni 2008 vom Deutschen Bundestag in zweiter und dritter Lesung beschlossen. Der Bundesrat hat am 19.9.2008 zugestimmt. Das Gesetz wird am 1. September 2009 in Kraft treten (BGBl. 2008 I, S. 2586).

gelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (FamFG), bei dem es sich um das Kernstück des FGG-RG handelt, abgelöst werden.

I. Erörterung der Kindeswohlgefährdung

§ 50f FGG sieht vor, dass das Gericht in Verfahren nach den §§ 1666, 1666a BGB mit den Eltern erörtern soll, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann.

1. Zum Begriff

Die Erörterung der Kindeswohlgefährdung wird in der öffentlichen Diskussion vielfach als „Erziehungsgespräch“ bezeichnet.[3] Diese Bezeichnung ist irreführend, da Sinn und Zweck der Erörterung nicht darin besteht, das gefährdete Kind – oder gar dessen Eltern – zu erziehen, da dies nicht Gegenstand eines familiengerichtlichen Verfahrens sein kann. Die Erörterung tritt vielmehr als ein zusätzlicher und eigenständiger Verfahrensabschnitt neben die persönliche Anhörung der Eltern durch das Gericht nach § 50a FGG. Die Anhörung dient vorrangig der Aufklärung des Sachverhalts, den das Gericht nach § 12 FGG von Amts wegen zu ermitteln hat. Darüber hinaus wird den Eltern, deren verfassungsrechtlich geschützte Rechte von dem gerichtlichen Verfahren in empfindlicher Weise berührt werden, im Rahmen der Anhörung rechtliches Gehör gewährt. Die Erörterung der Kindeswohlgefährdung soll demgegenüber zum Ausdruck bringen, dass die Abwehr einer etwaigen Gefährdung des Kindes in erster Linie die Aufgabe seiner Eltern ist. Diesen soll unmissverständlich und unter Nutzung der besonderen Autorität des Gerichts vor Augen geführt werden, dass der Staat von ihnen erwartet, ihrer Pflicht nachzukommen. Dies geschieht, indem das Gericht auf die Eltern einwirkt, mit dem Jugendamt zu kooperieren, dessen Hilfsangebote anzunehmen und sich stärker als bislang in den bereits in Gang gesetzten bzw. einzuleitenden Hilfeprozess einzubringen. Das Gericht weist zur Erreichung dieses Ziels die Eltern insbesondere darauf hin, welche Konsequenzen die Nichtannahme notwendiger Hilfen haben kann.

---

[3] Der Begriff stammt aus dem Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des § 1666 BGB und weiterer Vorschriften“, den der Freistaat Bayern am 3. Mai 2006 im Bundesrat vorgelegt hat (BR-Drs. 296/06). Der darin enthaltene Vorschlag, ein Gespräch des Gerichts mit den Eltern über die Kindeswohlgefährdung und deren Abwendungsmöglichkeiten einzuführen, wurde aufgegriffen.

2. Mögliche Gefährdung des Kindeswohls

Das Gesetz benennt als Voraussetzung für die Erörterung das Vorliegen einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls. Diese Begrifflichkeit mag auf den ersten Blick ein gewisses Unbehagen auslösen. Zwar ist es das erklärte Ziel des Gesetzes, ein niederschwelliges Tätigwerden des Familiengerichts vor Eintritt einer tatsächlichen Gefährdung des Kindeswohls zu ermöglichen, um auf diese Weise tief greifende Einschnitte in die elterliche Sorge zu vermeiden. Gleichwohl ist nicht zu bestreiten, dass auch die Erörterung einer möglichen Kindeswohlgefährdung vor Gericht von den Eltern nicht nur als ein Eingriff in ihre Rechte erlebt werden wird, sondern es sich tatsächlich auch um einen solchen handelt. Besteht vor diesem Hintergrund nicht die Gefahr, dass künftig flächendeckend wohlmeinende Menschen das Jugendamt und gegebenenfalls auch das Gericht darüber informieren, dass Kinder, deren Erziehung nicht den Wertvorstellungen der Allgemeinheit – welche das auch immer sein mögen – entspricht, aber mit keiner greifbar nach außen tretenden Beeinträchtigung ihres Wohlbefindens verbunden ist, gefährdet sind? Bei näherem Hinsehen erweist sich diese Sorge jedoch als unbegründet. Vielmehr korrespondiert der Begriff mit dem in § 8a SGB VIII definierten Schutzauftrag des Jugendamts. Nach § 8a III 1 zweiter Halbsatz SGB VIII muss das Jugendamt das Familiengericht bereits dann anrufen, wenn die Eltern bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos nicht mitwirken. In dieser Phase ist das Jugendamt in Wahrnehmung des staatlichen Wächteramts dazu verpflichtet, eine Klärung herbeizuführen. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass nach § 8a I 1 SGB VIII gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen, auch wenn diese noch nicht die Sicherheit aufweisen, die die Anordnung einer Maßnahme nach § 1666 BGB rechtfertigt.

3. Die Durchführung der Erörterung

Ein wesentliches Ziel der Erörterung besteht darin, die Beteiligten „an einen Tisch“ zu bringen. Dies kann nur in sinnvoller Weise gelingen, wenn die Eltern persönlich an dem Gespräch teilnehmen. Eine Vertretung der Eltern – etwa durch einen Rechtsanwalt – scheidet daher aus. Das Gericht hat deshalb nach § 50f II 1 FGG das persönliche Erscheinen der Eltern anzuordnen.[4] Gerade in Fällen, in denen eine Kindeswohlgefährdung mit Blick auf eine prekäre familiäre Situation im Raum steht, kann das persönliche Erscheinen beider Elternteile sinnlos oder mit Gefahren verbunden sein.[5] Das Gericht muss

[4] Eine Beschränkung der Erörterung auf sorgeberechtigte Eltern vollzieht die Norm nicht. Vielmehr ist auch ein nicht sorgeberechtigter Elternteil zu dem Gespräch hinzuzuziehen.

[5] Zu denken ist hier insbesondere an Fälle, in denen das Kind und/oder ein Elternteil Opfer häuslicher Gewalt sind, die von dem anderen Elternteil ausgeht.

dann entscheiden, ob angesichts dieser Ausgangslage die Erörterung von vorneherein nicht zu einem gewinnbringenden Ergebnis führen kann und daher darauf verzichtet wird.[6] Gelangt das Gericht zu der Einschätzung, dass eine Erörterung stattfindet, hat das Gericht nach § 50f II 2 FGG die Erörterung in Abwesenheit eines Elternteils durchzuführen, wenn dies zum Schutz eines Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist.[7] Es obliegt insoweit der Einschätzung des Gerichts, ob die Erörterung mit einem Elternteil genügt oder sie mit beiden Elternteilen getrennt voneinander stattfindet.

Das Jugendamt soll als sozialpädagogische Fachbehörde und Leistungsträger der im Raum stehenden Hilfsangebote regelmäßig an der Erörterung teilnehmen. In geeigneten Fällen ist auch das Kind zu der Erörterung hinzuzuziehen. Dies kann sich anbieten, wenn eine Verhaltensauffälligkeit des Kindes die Einleitung des Verfahrens veranlasst hat und eine nachhaltige Abwehr der Gefährdung voraussetzt, dass dem Kind der Ernst der Lage verdeutlicht und die Notwendigkeit von Hilfsmaßnahmen von ihm eingesehen werden muss.

4. Erörterung der Kindeswohlgefährdung nach § 157 FamFG

Mit Inkrafttreten des FGG-RG wird § 50f FGG durch den nahezu wortgleichen § 157 FamFG abgelöst werden.

II. Überprüfung von Entscheidungen

Das Gericht hat familiengerichtliche Maßnahmen nach den §§ 1666 ff. BGB aufzuheben, wenn die Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr besteht. Nach § 1696 II und III BGB ist das Gericht deshalb dazu verpflichtet, Maßnahmen, die auf einen längeren Zeitraum angelegt sind, in regelmäßigen Zeitabständen zu überprüfen. Demgegenüber besteht nach derzeitiger Rechtslage eine Pflicht des Gerichts zur Überprüfung einer Entscheidung nicht, wenn diese das Absehen von einer familiengerichtlichen Maßnahme zum Gegenstand hat. Dies

---

[6] § 50f I FGG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass das Gericht grundsätzlich dazu verpflichtet ist, die Erörterung durchzuführen. Bei Vorliegen atypischer Umstände ist jedoch ein Abweichen hiervon möglich. Eine derartige Ausnahmesituation kann zum Beispiel vorliegen, wenn ein gemeinsames Gespräch mit den Eltern wegen der von einem Elternteil ausgehenden Gewaltbereitschaft nicht möglich oder die erforderliche familiengerichtliche Maßnahme unabwendbar ist.

[7] Neben Fällen, in denen ein Zusammentreffen der Beteiligten wegen im Vorfeld ausgeübter oder angedrohter Gewalt mit einem erhöhten Gefährdungsrisiko verbunden ist, das auch durch Ergreifung gerichtsorganisatorischer Maßnahmen nicht ausgeschlossen werden kann, kommt insoweit etwa ein länger andauernder Auslandsaufenthalt oder eine schwerwiegende Erkrankung eines Elternteils in Betracht, die dessen Mobilität einschränkt.

hat sich in der familiengerichtlichen Praxis oftmals als misslich erwiesen. Das Jugendamt hält sich in vielen Fällen unter dem Eindruck der negativen Entscheidung damit zurück, das Gericht erneut mit der familiären Situation zu befassen. Zum anderen macht es häufig Sinn, den Druck eines laufenden familiengerichtlichen Verfahrens zu nutzen, um eine etwaige Gefährdungslage nachhaltig auszuräumen. Die unmittelbare Beendigung des Verfahrens kann unter Umständen sogar dazu führen, dass sich die Eltern, die nach wie vor auf die Inanspruchnahme öffentlicher Hilfsangebote angewiesen sind, in ihrer ablehnenden Haltung gegenüber dem Jugendamt bestätigt sehen und zu einer weiteren Zusammenarbeit nicht mehr bereit sind. Vor diesem Hintergrund bestimmt § 1696 III 2 BGB nunmehr, dass das Gericht seine Entscheidung in angemessenem Zeitabstand, in der Regel nach drei Monaten, nochmals einer Prüfung unterziehen soll.[8]

Diese Neuregelung wurde mit dem Argument kritisiert, die Einführung einer Überprüfungspflicht werde zu einer „Dauerkontrolle" der Familie durch das Gericht führen. Im Hinblick auf die Formulierung der Vorschrift ist diese Kritik jedoch unbegründet. Sie ist zum einen als Soll-Vorschrift ausgestaltet, so dass das Gericht flexibel genug ist, von einer erneuten Befassung abzusehen, wenn sich im Rahmen der Erörterung herausgestellt hat, dass von einer möglichen Kindeswohlgefährdung nicht die Rede sein kann oder diese tatsächlich nachhaltig ausgeräumt ist. Zum anderen ist gerade nicht vorgesehen, dass das Gericht nach der einmaligen Überprüfung, die wiederum nicht zu der Ergreifung einer Kindesschutzmaßnahme geführt hat, die Überprüfung ohne zeitliche Beschränkung immer weiter fortsetzt. Darüber hinaus wird durch die Prüfpflicht selbstverständlich die originäre Verantwortung des Jugendamts, die Familie weiterhin zu begleiten und das Familiengericht über erneute bzw. anhaltende Missstände zu informieren, nicht berührt.

Die Überprüfungspflicht findet sich nach Inkrafttreten des FGG-RG in § 166 III FamFG.

[8] Konkret bedeutet dies zum Beispiel, dass das Gericht die Einhaltung einer Zusage der Eltern im Rahmen der Erörterung, eine Jugendhilfeleistung in Anspruch zu nehmen, zeitnah kontrolliert, um im Falle der Nichteinhaltung gegebenenfalls weitergehende Maßnahmen ergreifen zu können. Hierdurch wird verhindert, dass sich die Situation des Kindes, dessen Gefährdung nach dem Termin vor Gericht abgewandt zu sein schien, verschlechtert, ohne dass das Gericht hiervon Kenntnis erlangt.

Bei der dreimonatigen Frist handelt es sich nicht um eine strikte zeitliche Vorgabe des Gesetzgebers. Vielmehr ist sie als Regelfrist zu verstehen, die – je nach den Umständen des Einzelfalls – selbstverständlich eine frühere oder spätere Überprüfung ermöglicht.

III. Vorrang- und Beschleunigungsgebot

Ein familiengerichtliches Verfahren, das den Aufenthalt des Kindes, den Umgang, die Herausgabe des Kindes oder eine Gefährdung des Kindeswohls betrifft, wird von dem betroffenen Kind regelmäßig als besonders belastend erlebt. Eine Sonderauswertung des Statistischen Bundesamts zur Familiengerichtsstatistik 2005 hat ergeben, dass die durchschnittliche Dauer für sorgerechtliche Verfahren bundesweit bei 7,1 Monaten und bei umgangsrechtlichen Verfahren bei 6,8 Monaten liegt. Unter Zugrundelegung des kindlichen Zeitempfindens handelt es sich hierbei um halbe Ewigkeiten, in denen das Kind einer völlig unklaren Lebenssituation ausgesetzt ist, die oftmals von schwerwiegenden Loyalitätskonflikten gegenüber den zerstrittenen Eltern und in vielen Fällen von faktischen Kontaktabbrüchen mit dem nicht betreuenden Elternteil – oder anderen wichtigen Bezugspersonen – und damit verbundenen Entfremdungen geprägt ist. Es bedarf zudem keiner Erläuterung, dass der effektive Schutz eines Kindes vor einer Gefährdung seines Wohls eine beschleunigte Bearbeitung des Verfahrens zwingend voraussetzt. Schließlich lässt sich bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Anspruch des von einem gerichtlichen Verfahren betroffenen Bürgers gegen den Staat ableiten, die streitigen Rechtsverhältnisse innerhalb „angemessener Zeit" zu klären.[9]

Vor diesem Hintergrund statuiert § 50e FGG ein umfassendes Vorrang- und Beschleunigungsgebot für die eingangs genannten Verfahren.[10] Das Gebot richtet sich an das jeweils mit der Sache befasste Gericht in allen Rechtszügen. Es soll zum einen aus den oben genannten Gründen eine Verkürzung der Verfahrensdauer – insbesondere in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren – bewirken. Zum anderen soll es auch bewirken, dass sich der zwischen den um das Kind streitenden Eltern bestehende Konflikt nicht anlässlich eines langwierigen Verfahrens weiter zuspitzt.

Das Vorranggebot bedeutet, dass die genannten Verfahren von dem Gericht bevorzugt und notfalls auf Kosten anderer anhängiger Verfahren zu bearbeiten sind. Das Beschleunigungsgebot wird insbesondere durch die in § 50e II 1 FGG enthaltene Pflicht des Gerichts, die Sache mit den Beteiligten mündlich

[9] Vgl. BVerfGE 88, S. 118, 124; das Bundesverfassungsgericht hat zudem bereits in seinem Beschluss vom 11.12.2000 (FamRZ 2001, S. 753 f.) darauf hingewiesen, dass in kindschaftsrechtlichen Verfahren jede Verzögerung wegen der eintretenden Entfremdung häufig zu einer faktischen (Vor-)Entscheidung führt.

[10] Diese Regelung nimmt ein zentrales Kernstück des FGG-RG im Bereich der Kindschaftssachen vorweg. Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot findet sich wortgleich in § 155 FamFG. Die Formulierung ist im Übrigen § 61a I ArbGG nachgebildet, der den Kündigungsschutzprozess betrifft.

in einem frühen Termin zu erörtern, gekennzeichnet. Nach § 50e II 2 FGG soll der Termin einen Monat nach Beginn des Verfahrens stattfinden.[11] Diese zeitliche Vorgabe darf nur in Ausnahmefällen überschritten werden, die in der Sphäre des Gerichts oder in der Sache selbst begründet sein können.[12] Das Gericht hört nach § 50e II 3 FGG einen Vertreter des Jugendamts an. Dessen Anwesenheit im Termin setzt voraus, dass Gericht und Jugendamt zur Vermeidung von Terminskollisionen eng zusammenarbeiten. Der zeitliche Rahmen wird dazu führen, dass das Jugendamt in den genannten Verfahren regelmäßig im Termin mündlich berichten wird.

Eine Verlegung des Termins ist nach § 50e II 4 und 5 FGG nur aus zwingenden Gründen möglich, die mit dem Verlegungsgesuch glaubhaft gemacht werden müssen. Als zwingender Grund ist ein Umstand nur dann zu qualifizieren, wenn er die Teilnahme am Termin tatsächlich ausschließt. Kollidiert der Termin hingegen „lediglich" mit einem Termin des Verfahrensbevollmächtigten eines Beteiligten in einem anderen gerichtlichen Verfahren, ist dies kein zwingender Grund.[13] Vielmehr muss dann in der anderen Sache unter Hinweis auf das Vorranggebot eine Terminsverlegung beantragt werden.

Das Gericht soll nach § 50e III FGG das persönliche Erscheinen der Beteiligten zu dem Termin anordnen. In Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls hat das Gericht unverzüglich den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu prüfen, § 50e IV FGG.[14]

IV. Fazit

Die dargelegten Neuerungen des familiengerichtlichen Verfahrens nehmen nicht für sich in Anspruch, dass es fortan keine Fälle mehr geben wird, in denen Kinder in gefährdeten Lebenslagen staatliche Hilfen nicht oder viel zu spät erreichen. Sie stellen jedoch den Gerichten ein flexibles Instrumentarium

---

[11] Zu beachten ist, dass das Verfahren bereits mit dem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe beginnt. Mithin verstieße das Gericht gegen das Beschleunigungsgebot, wenn der Termin erst nach der unter Umständen zeitaufwändigen Abklärung der Bedürftigkeit der Prozesskostenhilfe beantragenden Beteiligten anberaumt würde. Vielmehr sind Fragen der Bedürftigkeit gegebenenfalls im Termin einer Klärung zuzuführen.

[12] In der Sphäre des Gerichts liegt es etwa, wenn der zuständige Richter plötzlich erkrankt und zunächst nicht ausreichend vertreten wird. Die Sache selbst mag ein Abweichen von der zeitlichen Vorgabe gebieten, wenn in derselben Angelegenheit eine mündliche Verhandlung im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorausgegangen ist.

[13] Etwas anderes gilt nur, wenn es sich bei dem Termin ebenfalls um einen Erörterungstermin in einer anderen Kindschaftssache handelt.

[14] Diese Regelung wird in § 157 III FamFG in das künftige Verfahrensrecht übernommen.

zur Verfügung, um in vielen Konstellationen, in denen ein effektives Tätigwerden bislang nicht oder noch nicht möglich ist, unkompliziert und nachhaltig handeln zu können.

Verfahren bei Kindeswohlgefährdung
Anmerkungen aus der Sicht der gerichtlichen Praxis

Isabell Götz

I. Vorrang- und Beschleunigungsgebot, § 155 FamFG

1. Übereinstimmung im Ziel

Geht es um Aufenthalt und Umgang oder die Gefährdung eines Kindes, besteht grundsätzlich ein Eilbedürfnis – darüber sind sich alle am Verfahren beteiligten Professionen einig. § 155 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)[1] schreibt insoweit konkret vor, dass diese Verfahren vorrangig und beschleunigt, das heißt gegebenenfalls auf Kosten anderer anhängiger Verfahren, durchzuführen sind und spätestens einen Monat nach Verfahrensbeginn terminiert werden sollen. Flankiert wird dieses Gebot durch die Einschränkung der Terminsverlegung, die nach § 155 II 4 FamFG[2] nur aus „zwingenden

[1] In der am 26.06.2008 vom Bundestag beschlossenen Fassung; vgl. BT-Drs. 16/6308 und BT-Drs. 16/9733 (BGBl. I 2008, S. 2586); das Beschleunigungsgebot wird vorweggenommen in § 50e FGG in der Fassung des „Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ (KiWoMaG) vom 04.07.2008, BGBl. I, S. 1188.

[2] Bzw. § 50e II 4 FGG.

Gründen“ zulässig ist, und das wiederum sind nach der Gesetzesbegründung solche, die eine Teilnahme am Termin tatsächlich unmöglich machen.[3] Dem Richter werden also „Beine gemacht“. Bei dem einen oder anderen mag dies vielleicht ja auch erforderlich sein, aber für die weit überwiegende Zahl der Kollegen gilt das nicht: Auch ohne gesetzliches Beschleunigungsgebot rechnet kaum ein Familienrichter bei einer akut drohenden Gefahr für ein Kind erst einmal in Ruhe einen Versorgungsausgleich aus. Ganz überwiegend wird schon heute rasch terminiert. Die Gesetzesbegründung räumt dies auch freundlich ein, wenn dort ausgeführt wird, dass sich in der gerichtlichen Praxis Prioritäten *noch deutlicher als bisher* herausbilden werden.[4]

2. Machbarkeit?

Gelegentlich wird bezweifelt, ob bei einer so frühen Terminierung, wie in § 155 II 2 FamFG vorgesehen, bis zum Termin überhaupt hinreichend differenzierte Erkenntnisse über die Lebensverhältnisse und Beziehungen der Beteiligten und damit valide Grundlagen für eine rechtliche Beurteilung vorliegen.[5] In Fällen einer Kindeswohlgefährdung ist dem Jugendamt die Familie jedoch zumeist bereits seit längerem bekannt. Es sind also eher zu viele als zu wenige Informationen vorhanden, so dass trotz der kurzen Zeitspanne bis zum Termin in der Regel durchaus ein Informationsstand erreicht werden kann, der eine – jedenfalls vorläufige – Entscheidung ermöglicht.

Hier kommt dem Jugendamt allerdings eine wichtige Rolle bei der Vorbereitung des Termins zu: Ein schriftlicher Bericht bereits bei Anrufung des Familiengerichts ist unverzichtbar,[6] auch wenn in der Begründung zu § 155 FamFG von einer nur mündlichen Stellungnahme des Jugendamts die Rede ist.[7] Ein lediglich mündlich erstatteter Bericht im Termin selbst – der in Umgangs- und Sorgestreitigkeiten möglicherweise ausreichen mag – ist jedenfalls in Gefährdungsfällen unzureichend, da er regelmäßig zum vehementen Widerspruch der betroffenen Eltern oder auch des Kindes führen wird und eine geordnete Darstellung der Tatsachen dann in Rede und Gegenrede untergeht. Außerdem ist eine möglichst umfassende Information schon vor dem Termin für den Richter unentbehrlich, will er diesen effektiv vorbereiten. Hierzu gehört etwa auch

[3] BT-Drs. 16/6308, S. 236.

[4] BT-Drs. 16/6308, S. 235.

[5] *Sibylla Flügge*, Gerichtssaal als Elternschule? Neue Gefährdungen durch die geplante Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, FPR 2008, S. 1.

[6] *Thomas Meysen*, Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – Geändertes Recht ab Sommer 2008, JAmt 2008, S. 233, 236.

[7] BT-Drs. 16/6308, S. 236.

die Hinzuziehung weiterer Personen, die zu einer Sachaufklärung beitragen können. Erhält der Richter erst im Termin Kenntnis hiervon, würde ein – im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot völlig kontraproduktiver – weiterer Termin erforderlich. Die Praxis tut im Hinblick auf die Gesetzesbegründung deshalb gut daran, dies jeweils vor Ort mit dem zuständigen Jugendamt zu klären.

3. Kompatibilität mit dem Verfahrensrecht im Übrigen?

Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot richtet sich an das jeweils mit der Sache befasste Gericht und damit an alle Rechtszüge.[8] Es ist jedoch mit dem Rechtsmittelsystem nicht kompatibel: Die Beschwerde soll auch künftig begründet werden, wenn auch keine konkrete Begründungsfrist mehr vorgesehen ist (§§ 63, 65 FamFG). Diese Begründung ist unverzichtbar, denn der Richter der Beschwerdeinstanz muss die Einwände des Beschwerdeführers schon vor dem Termin kennen. Selbst wenn er aber für die Begründung der Beschwerde nach § 65 II FamFG eine knappe Frist setzt, ist die Monatsfrist in zweiter Instanz kaum zu wahren.[9]

Hinzu kommt, dass die Beschwerde künftig nur noch bei dem Gericht eingelegt werden kann, dessen Entscheidung angefochten wird (§ 64 FamFG). Es zieht sich also, bis das Beschwerdeverfahren beginnt. Auch wenn sich das Beschleunigungsgebot nicht nur an die Richter, sondern an die Justiz insgesamt richtet, so bleibt abzuwarten, ob die Justizwachtmeister die Akten künftig tatsächlich „im Laufschritt" von der ersten zur zweiten Instanz befördern.

Auch im Rahmen der Beweisaufnahme kann es zu erheblichen Verzögerungen kommen: § 30 III FamFG begründet die Verpflichtung zu einer förmlichen Beweisaufnahme bei streitigen für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen. Dazu gehören – die Gesetzesbegründung erwähnt dies ausdrücklich – auch Anknüpfungstatsachen für unbestimmte Rechtsbegriffe wie das Kindeswohl.[10] Diese Verpflichtung zum Strengbeweis setzt voraus, dass das Gericht die entscheidungserhebliche Tatsache nach dem Ergebnis des Freibeweisverfahrens für wahr hält und sie der Entscheidung zugrunde legen will, d.h. eine im Freibeweisverfahren gewonnene positive Überzeugung vom Vorliegen der Tatsache wird noch einmal strengbeweislich überprüft. Ob solchermaßen hinterein-

[8] BT-Drs. 16/6308, S. 235.

[9] Erst recht nicht nach derzeitiger Rechtslage: Zwar gilt seit dem Inkrafttreten des KiWoMaG am 12.07.2008 gemäß § 50e FGG das Beschleunigungsgebot bereits, andererseits beträgt die Frist zur Begründung der befristeten Beschwerde gemäß § 621e III ZPO in Verbindung mit § 520 II ZPO *zwei* Monate.

[10] BT-Drs. 16/6308, S. 190.

ander geschaltete Beweisaufnahmen das Verfahren beschleunigen werden? Allerdings sind sie – da das Beschleunigungsgebot in jeder Lage des Verfahrens gilt[11] – wiederum beschleunigt durchzuführen.

Sehr positiv zu bewerten ist die Ergänzung des § 163 FamFG durch einen neuen Absatz 3, der eine Vernehmung des Kindes als Zeuge ausschließt. Dem gar nicht so selten erfolgenden Angebot der eigenen Kinder als Zeugen wird damit ein gesetzlicher Riegel vorgeschoben.[12]

4. Begrenzung durch das Kindeswohl

In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass das Beschleunigungsgebot nicht schematisch gehandhabt werden darf.[13] Der Wortlaut der Vorschrift in Verbindung mit der restriktiven Regelung zur Terminsverlegung, aber etwa auch der vorgesehenen Fristsetzung für den Sachverständigen in § 163 I FamFG, lässt durchaus den Eindruck entstehen, dass die Verfahren auch immer schnell *abgeschlossen* sein müssten. Das Beschleunigungsgebot wird jedoch durch den Grundsatz des Kindeswohls geprägt und zugleich begrenzt (§ 1697a BGB).[14] Ein Zuwarten mit dem Verfahrensabschluss kann im Einzelfall durchaus sinnvoll sein.[15]

---

[11] BT-Drs. 16/6308, S. 235.

[12] In der Gesetzesbegründung wird insoweit ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die in § 30 III FamFG begründete Verpflichtung zur Durchführung einer förmlichen Beweisaufnahme in Kindschaftssachen nicht dazu führen soll, dass das Kind als Zeuge vernommen wird, vgl. BT-Drs. 16/9733, S. 367.

[13] BT-Drs. 16/6308, S. 235.

[14] *Barbara Fellenberg,* Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FPR 2008, S. 125, 128; BT-Drs. 16/6308, S. 236.

[15] In einem im Jahr 2007 am Oberlandesgericht München anhängigen Beschwerdeverfahren ging es um die Rückführung eines im Heim lebenden Mädchens zur Mutter, der nach jahrelangen Alkohol- und Gewaltexzessen mit ihrem Lebensgefährten das Sorgerecht für das Kind entzogen worden war. Nach Alkohol- und Gewalttherapie – so der Vortrag der Mutter – sei ein Umfeld geschaffen worden, das eine weitere Gefährdung des Kindes ausschließe, die Beziehung der Partner sei inzwischen ausschließlich von Liebe und gegenseitiger Achtung geprägt. Das Amtsgericht hat die Rückführung abgelehnt. Der Termin zur mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren musste wegen Erkrankung der Richterin und anschließendem Urlaub des Anwalts der Mutter bzw. des Mitarbeiters des Jugendamts mehrmals verlegt werden und fand daher erst einige Monate nach Eingang der Beschwerde statt. So lange vermochten die Mutter und ihr Partner jedoch nicht durchzuhalten: Zwei Wochen vor dem Termin kam es zu einer erneuten alkoholbedingten Auseinandersetzung, bei der der Partner die Mutter mit einer abgeschlagenen Bierflasche lebensgefährlich verletzte. Die Beschwerde wurde zurückgenommen.

II. Erörterung der Kindeswohlgefährdung, § 157 FamFG[16]

1. Das „Erziehungsgespräch“

Der Begriff „Erziehungsgespräch“ war auf deutliche Ablehnung in der Richterschaft gestoßen. Der Richter ist kein Erzieher. Er hat weder die Ausbildung noch die Aufgabe eines sozialpädagogischen Helfers. Gleiches gilt aus Sicht des betroffenen Elternteils, der zum Gericht geht, um sich – vielleicht – helfen, nicht aber erziehen zu lassen. Der Begriff „Erörterung“ gibt Eltern demgegenüber das Gefühl „beteiligt“ zu sein und Mitverantwortung zu übernehmen, vor allem wenn ihnen vermittelt wird, dass die Abwehr etwaiger Gefahren vom Kind primär ihre Aufgabe ist.[17]

Diese Neuregelung macht – noch mehr als bisher – klare Definitionen und Abgrenzungen nötig: Ist eine dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet, ist das Jugendamt nach § 27 I SGB VIII zu Hilfsangeboten verpflichtet, insoweit besteht ein Anspruch der sorgeberechtigten Eltern. Ein bloßes Erziehungsdefizit unterhalb der Gefährdungsgrenze löst demnach zwar Hilfsangebote nach §§ 27 ff. SGB VIII aus, eine Pflicht der Eltern, sie anzunehmen, besteht aber (weiterhin) nicht. Bestehen gewichtige Anhaltspunkte für eine erhebliche Gefahr der Schädigung, ist eine Gefährdung des Kindeswohls also konkret möglich und wirken Eltern an der Gefährdungseinschätzung nicht mit, können die Eltern verpflichtet werden, vor Gericht zu erscheinen und sich der Erörterung der Probleme und den Ermahnungen des Gerichts zu stellen – mehr nicht. In dieser „Klärungsphase“[18] kommt also *nur* das Erörterungsgespräch in Betracht. Aber auch das – das muss betont werden – ist keineswegs präventiv möglich, vielmehr müssen *konkrete* Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen. Für jedwede Einschränkung der elterlichen Sorge bedarf es nach wie vor einer tatsächlich vorhandenen Kindeswohlgefährdung, also einer „gegenwärtigen, in einem solchen Maße vorhandenen Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“.[19]

---

[16] Bzw. § 50f FGG.

[17] Vgl. dazu *Michael Coester,* Inhalt und Funktionen des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?, in: Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege, 2008, S. 19, 25: Jeder Mensch schwebt ab seiner Geburt in Lebensgefahr.

[18] *Barbara Fellenberg,* Das sogenannte „Erziehungsgespräch“ beim Familiengericht – neue Aufgaben für den Familienrichter, in: Lipp/Schumann/Veit (Anm. 17), S. 91, 94.

[19] Ständige Rechtsprechung seit BGH FamRZ 1956, S. 350.

2. Delegation der Verantwortung?

Da Voraussetzung der Erörterung nach § 157 I FamFG nur eine *mögliche* Gefährdung des Kindeswohls ist, wenn auch konkrete Anhaltspunkte hierfür vorliegen müssen,[20] befürchten Kollegen mangels einer klaren Kompetenzregelung im Schnittstellenbereich eine frühzeitige Delegation der Verantwortung durch die Jugendhilfe auf das Familiengericht, indem dieses zur eigenen Absicherung früher in die Mitverantwortung genommen wird – also gleichsam den Rückzug hinter die richterliche Unabhängigkeit.[21]

Gegen diese Befürchtung spricht zum einen, dass die Jugendhilfe durch Anrufung des Familiengerichts nicht aus ihrer Verantwortung entlassen wird. Zum zweiten wird das Vertrauensverhältnis zu der Familie und damit die Hilfebeziehung durch die Anrufung des Familiengerichts regelmäßig stark belastet. Dieses Vertrauensverhältnis ist aber Voraussetzung für den Erfolg der Leistungen, die die Jugendhilfe nach dem SGB VIII anbietet, und das sie daher kaum vorschnell „aufs Spiel setzen“ wird. Schließlich ist gemäß § 8a III 1, 2. Hs. SGB VIII schon nach derzeitigem Recht die Anrufung des Familiengerichts geboten, wenn dem Jugendamt eine Risikoabschätzung mangels Mitwirkung der Eltern nicht möglich ist, mag der Ruf auch gelegentlich auf taube Ohren gestoßen sein, weil der Richter sich auf den Standpunkt stellte, dass mangels Feststehens einer Gefährdungslage kein Anlass zu richterlichem Handeln bestünde.[22]

Im Ergebnis wird es unumgänglich sein, dass sich die beteiligten Akteure – Richter und Mitarbeiter der Jugendämter – an einen Tisch setzen und klar definierte Regeln für die künftige Zusammenarbeit in diesem Bereich entwi-

---

[20] Streitig ist, ob durch diese Reduzierung der Eingriffsschwelle dem Jugendamt die Anrufung auch in anderen Fällen als denen, bei denen die Unklarheit des Sachverhalts auf mangelnder Kooperation der Eltern beruht, möglich ist, etwa dann, wenn das Jugendamt die Einbindung des Familiengerichts in eine schwierige Risikoabschätzung für wünschenswert hält; dafür *Michael Coester* (Anm. 17), S. 37, Anm. 67; dagegen *Ludwig Salgo,* § 8a SGB VIII, Anmerkungen und Überlegungen zur Vorgeschichte und den Konsequenzen der Gesetzesänderung, Teil 2, ZKJ 2007, S. 12, 15: Keine Anrufung des Familiengerichts aus reiner Absicherungsmentalität.

[21] Vgl. *Helga Oberloskamp*, Das Jugendamt zwischen Hilfe und Kontrolle – neue Herausforderungen für die Jugendhilfe, in: Lipp/Schumann/Veit (Anm. 17), S. 45, 59: Maßnahme rückt in die Nähe der Überschreitung der Grenze zur Gewaltenteilung.

[22] So im Ergebnis auch der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ vom 17.11.2006, veröffentlicht im Internet unter: http://www.bmj.de/files/-/1515/Abschlussbericht%20Kindeswohl.pdf, S. 34: Möglichkeit wird in der gerichtlichen Praxis nicht in ausreichendem Umfang genutzt.

ckeln, soll die intendierte Verantwortungsgemeinschaft[23] nicht zur dauerhaft belasteten Krisenbeziehung mutieren.

3. Eigene Erfahrung

Meine eigenen Erfahrungen mit „Anhörungen" – so die bisherige Bezeichnung des Termins nach Anrufung des Familiengerichts durch das Jugendamt zur Abklärung der Gefährdung – waren durchweg gut: Zum einen ist in *keinem* Fall ein Sorgerechtsentzug nachgefolgt, die Betroffenen haben tatsächlich kooperiert – das frühe Eingreifen vermeidet so unter Umständen also ein langwieriges und schwieriges, gegebenenfalls mit Einholung eines Sachverständigengutachtens und umfangreichen Ermittlungen verbundenes Verfahren zum Sorgerechtsentzug. Zum zweiten kann auf diese Weise tatsächlich der Kontakt zwischen Eltern und Jugendamt hergestellt werden, denn der gerichtlichen Ladung folgen die betroffenen Eltern in aller Regel – sogar in den Fällen, in denen das Jugendamt keinen Zugang gefunden hat.[24] Das Jugendamt kann so die Autorität des Gerichts für den Hilfeprozess nutzen. Ob und inwieweit allerdings Einfluss auf ein Kind genommen werden kann,[25] soll an dieser Stelle dahinstehen.[26] Dadurch, dass das Gericht bei der Erörterung aufzeigt, welche Maßnahmen von *ihm* ergriffen werden, wenn eine Zusammenarbeit der Eltern mit dem Jugendamt auch künftig nicht stattfindet und sich die mögliche Gefährdung des Kindeswohls zu einer tatsächlichen verfestigt, übernimmt der Richter außerdem die Rolle des „bad guy", was dem Jugendamt wiederum bei der künftigen Kooperation mit den Eltern helfen kann. Das Gespräch kann auf diese Weise durchaus auch eine Warnfunktion entfalten.[27]

---

[23] Dazu *Thomas Meysen,* Familiengerichtliche Anordnung von Maßnahmen nach § 1666 BGB und Entscheidungskompetenz des Jugendamts – Aus Perspektive der Jugendhilfe –, in: Lipp/Schumann/Veit (Anm. 17), S. 75, 85; vgl. auch *Heike Schmid,* Besondere Vorschriften bei den individuellen Hilfen: Steuerungsverantwortung, Mitwirkung, Hilfeplan, Zusammenarbeit, §§ 36a, 36, 37 SGB VIII, in: Johannes Münder/Reinhard Wiesner (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilferecht, 2007, S. 298, 301.

[24] *Barbara Fellenberg* (Anm. 18), S. 91, 93.

[25] BT-Drs. 16/6815, S. 18.

[26] Die Referentin war in der Praxis mit der Frage einer 16 ½-Jährigen konfrontiert, bei der eine geschlossene Unterbringung anstand, wie lange sie – als Familienrichterin – für sie zuständig sei. Auf die wahrheitsgemäße Antwort – bis zur Volljährigkeit – erfolgte der schlichte Kommentar: „Das sitze ich auf einer Backe ab!". Bis eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls konstatiert und damit eine Erörterung gemäß § 157 FamFG bzw. § 50f FGG erfolgen kann, haben drogenabhängige oder delinquente Kinder in der Regel schon einen gewissen „Weg" hinter sich. Ob der Familienrichter in diesen Fällen im Rahmen eines Erörterungsgesprächs noch eine Umkehr zu bewirken vermag, erscheint deshalb zumindest fraglich.

[27] *Barbara Fellenberg* (Anm. 18), S. 91, 93.

4. Anordnungskompetenz des Familiengerichts

Das gemeinsame Gespräch birgt jedoch eine *Untiefe*: Es besteht eine lebhafte Kontroverse darüber, inwieweit die in § 1666 III BGB vorgesehenen Maßnahmen vom Familiengericht mit bindender Wirkung gegenüber dem Jugendamt angeordnet werden können, das heißt hinsichtlich der Frage, ob der Familienrichter eigenverantwortlich und für das Jugendamt verbindlich darüber befinden kann, welche öffentlichen Hilfen zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall geeignet sind.[28] Zwar kommen im Rahmen der Erörterung zunächst noch keine sorgerechtlichen Eingriffe des Familiengerichts in Betracht, aber die unterschiedliche Einschätzung von Sinn und Zweck einer bestimmten öffentlichen Hilfe durch Gericht und Jugendamt ist auch hier gut vorstellbar. Die betroffenen Eltern werden mit Interesse einen Schlagabtausch zwischen Richter und Jugendamt verfolgen, ihre Bereitschaft zur Kooperation wird zunehmend sinken, wenn sich schon Gericht und Jugendhilfe über die Maßnahme uneinig sind. Bestenfalls schlagen sie sich auf die Seite der „Partei", die die in ihren Augen angenehmere Hilfemaßnahme favorisiert. Soll das Erörterungsgespräch nicht völlig leerlaufen, *muss* daher im Vorfeld sicher gestellt werden, dass Gericht und Jugendamt an einem Strang ziehen und dass hinsichtlich der Geeignetheit bestimmter Maßnahmen zwischen ihnen kein Streit besteht. Auch aus diesem Grund ist ein schriftlicher Bericht vor dem Termin unverzichtbar, der Angaben über die im konkreten Fall bereits eingesetzten bzw. beabsichtigten Hilfemaßnahmen enthält und so die Möglichkeit einer weiteren Abklärung dieser Frage eröffnet.

[28] Dafür etwa *Michael Coester*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, 2004, § 1666, Rn. 186; *Theo Ziegler*, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 1666, Rn. 32; *Dieter Büte,* in: Kurt Johannsen/Dieter Henrich (Hrsg.), Eherecht – Scheidung, Trennung, Folgen. Kommentar, 4. Aufl. 2003, § 1666, Rn. 60; OLG Frankfurt FamRZ 1994, S. 392; OLG Frankfurt DAVorm 1993, S. 943; a.A. *Hans van Els,* in: Rainer Hoppenz (Hrsg.), Familiensachen, 8. Aufl. 2005, § 1666, Rn. 50; *Thomas Meysen* (Anm. 23), S. 75 ff.; wohl auch *Ingeborg Rakete-Dombek,* in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, Bd. 4, Familienrecht, 2005, § 1666, Rn. 27; für Änderung des § 36a SGB VIII dahingehend, dass das Familiengericht das Einvernehmen zwischen Jugendamt und Gericht durch gerichtliche Entscheidung ersetzen kann, wenn das Jugendamt Hilfen aus anderen als sozialpädagogischen Gründen ablehnt oder Hilfen unterlassen hat: *Harald Vogel*, Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FF 2008, S. 231, 234.

III. Persönliches Erscheinen in Gewaltfällen

Die neu aufgenommene Ergänzung in § 33 I 2 FamFG, also der Vorschrift, die das persönliche Erscheinen der Parteien regelt, stellt sicher, dass eine getrennte Anhörung stattzufinden hat, wenn dies zum Schutz einer Partei oder aus anderen Gründen erforderlich ist. Die Erörterung der Kindeswohlgefährdung hat in § 157 II 2 FamFG eine eigene Ergänzung erfahren und findet danach in Abwesenheit eines Elternteils statt, wenn dies zum Schutz eines Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist.[29] Dem auch vom BVerfG angemahnten Recht der Opfer von Gewalt auf getrennte Anhörung in Familiengerichtsverfahren[30] wird durch diese Neufassungen jetzt im Gesetz selbst Rechnung getragen.

IV. Herstellen von Einvernehmen

Die Begründung des FamFG[31] bezieht sich auf das Cochemer Modell. Dort wird betont, dass in nahezu allen Fällen – auch bei Kindeswohlgefährdung – Einigkeit erzielt werden konnte und eine gerichtliche Entscheidung nicht erforderlich war.[32]

§ 156 FamFG, der ein Hinwirken des Gerichts auf Einvernehmen der Beteiligten anordnet, bezieht sich zwar nicht auf Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung und hat inzwischen auch die Einschränkung erfahren, dass das Hinwirken auf Einvernehmen dem Kindeswohl nicht widersprechen darf.[33] Keine Einschränkung findet sich indessen bei der nunmehr vom Richter auszusprechenden zusätzlichen Aufgabenübertragung an den Verfahrensbeistand und bei der gerichtlichen Anordnung gegenüber dem Sachverständigen, bei der Herstellung von Einvernehmen mit- bzw. auf Einvernehmen hinzuwirken (§§ 158 IV 3, 163 II FamFG). Auch die Erörterung der Kindeswohlgefähr-

[29] Statt auszufallen, wie es noch in der Begründung zu der ursprünglichen Fassung von § 50f FGG vorgesehen war, vgl. BT-Drs. 16/6815, S. 24. Diese ursprüngliche Lösung wäre unter Umständen zu Lasten der Mutter und des Kindes gegangen, die auf die Hilfen angewiesen sind. Auch § 50f II FGG enthält jetzt den Zusatz, dass die Erörterung in Abwesenheit eines Elternteils durchzuführen ist, wenn dies zum Schutz eines Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist, vgl. dazu BT-Drs. 16/8914, S. 13.

[30] BVerfG FamRZ 2004, S. 354.

[31] BT-Drs. 16/6308, S. 164.

[32] Andere Modelle, wie etwa das Münchner Modell, sehen für Fälle häuslicher Gewalt und Kindeswohlgefährdung ausdrücklich Ausnahmen vor, vgl. Leitfaden des Familiengerichts München für Verfahren, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, dort Nr. 15, ZKJ 2008, S. 199, 200.

[33] BT-Drs. 16/9733, S. 88.

dung nach § 157 FamFG trägt den Einigungsgedanken in sich, soll sie doch die Eltern dazu bringen, „öffentliche Hilfen in Anspruch zu nehmen und mit dem Jugendamt zu kooperieren".[34] Richtig ist zweifellos, dass einverständliche Regelungen der Eltern immer nachhaltiger sind und sich für Kinder regelmäßig günstiger auswirken, als gerichtliche Entscheidungen. Die starke Konzentration auf das Hinwirken von Einvernehmen darf aber nicht dazu führen, dass die Besonderheiten von Gewalt- und Gefährdungsfällen aus dem Auge verloren werden. Gerade bei § 1666 BGB gibt es Fallkonstellationen, in denen die Wahrung des Kindeswohls und Sicherheitsfragen einem Einvernehmen in jedem Fall vorgehen. Eine zu sehr auf Konsens angelegte Erörterung verliert schnell das Gefährdungspotential für das Kind aus dem Auge. Ein beschleunigt erzieltes Einvernehmen kann deshalb im Extremfall sogar eine fortdauernde Gefährdung verschleiern und damit eine wirkliche Gefahrenabwehr verhindern.[35]

V. Überprüfungspflicht, § 166 III FamFG

Sieht das Gericht von der Verhängung von Maßnahmen ab, ordnet § 166 III FamFG[36] eine Überprüfung dieser Entscheidung, wie sie bisher nur bei länger andauernden verhängten Maßnahmen vorgesehen war, an.[37] Sie soll in der Regel nach drei Monaten erfolgen. Diese Frist beruht auf der Überlegung, dass in den Fällen, in denen sich die Eltern vor Gericht kooperativ zeigten, nach dem – für sie folgenlosen – Termin aber nicht mehr mit dem Jugendamt kooperieren, das Gericht zeitnah weitergehende Maßnahmen prüfen soll.

Zwei Einwände hierzu: Zahlen haben ihre eigene Magie. Aus einem „in der Regel" wird regelmäßig ganz schnell ein „immer". Die Überprüfungsfrist darf jedoch keinesfalls starr gehandhabt werden, sondern muss sich am Alter des Kindes und der konkreten Gefährdungssituation orientieren. Für einen Säugling sind bei Unterversorgung drei Monate viel zu lang.[38] Auch wird sich eine

[34] BT-Drs. 16/6308, S. 237.

[35] *Siegfried Willutzki,* Kinderschutz aus der Sicht des Familiengerichts, ZKJ 2008, S. 139, 142.

[36] Derzeit in § 1696 III BGB normiert.

[37] BT-Drs. 16/6308, S. 243; diese Überprüfung kann durch Einholung eines Berichts des Jugendamts, in dem dieses etwa die Ergebnisse der Hilfeplangespräche und der durchgeführten Hilfen mitteilt, oder auch durch eine weitere Anhörung der Eltern oder des Kindes erfolgen; vgl. auch AG Kamen FamRZ 1995, S. 951: Jugendamt wird gebeten, in drei Monaten über die weitere Entwicklung zu berichten und hierbei die etwaigen Fortschreibungen des Hilfeplans einschließlich der eventuellen Protokolle der Teamentscheidungen unter Miteinbeziehung der sorgeberechtigten Eltern zu dokumentieren und mitzuteilen.

[38] *Oberloskamp* (Anm. 21), S. 58.

„Regelfrist" herumsprechen, vor allem wenn der Richter – wie bisweilen empfohlen[39] – schon im Termin auf die Überprüfung hinweist. Dann dauert das Wohlverhalten zwar über den Gerichtstermin hinaus an, hat aber ein genau dreimonatiges Verfallsdatum.

Die Ausgestaltung der Vorschrift ermöglicht es dem Richter aber ohne weiteres, nicht nur die Frist individuell zu bemessen, sondern auch von einer nochmaligen Überprüfung in offensichtlich unbegründeten Fällen abzusehen, etwa dann, wenn das Jugendamt keine gerichtliche Maßnahme (mehr) für erforderlich hält.[40] Auch wenn eine Kindeswohlgefährdung im Verfahren ausgeschlossen werden konnte, sie also tatsächlich nicht bestand und besteht, ist jede weitere Überprüfung unzulässig. Insoweit ist die Vorschrift verfassungskonform auszulegen.[41]

Im Kollegenkreis wird zum Teil bezweifelt, ob sich durch die erneute Überprüfung bei Ablehnung familiengerichtlicher Maßnahmen tatsächlich ein dementsprechender Zusatznutzen für die betroffenen Kinder ergibt. Letztlich übernehme das Gericht dadurch nur Jugendamtsaufgaben, da auch und gerade bei Ablehnung von Sorgerechtsmaßnahmen die Kinder- und Jugendhilfe das Familiengericht erneut anrufen müsse, wenn Jugendhilfemaßnahmen entgegen einer Zusage nicht in Anspruch genommen werden und die Kindeswohlgefährdung daher weiter besteht.

Diese Verpflichtung des Jugendamts ist aber nicht aufgehoben worden, sie besteht neben der neuen Überprüfungspflicht des Familiengerichts nach wie vor. Außerdem bleibt zu hoffen, dass die nochmalige Überprüfung dazu führt, dass die Betroffenen – zunächst möglicherweise widerwillig – Hilfemaßnahmen annehmen, die dann aber vielleicht tatsächlich „greifen".

---

[39] *Willutzki* (Anm. 35), S. 142.

[40] BT-Drs. 16/6308, S. 243.

[41] Zur verfassungsrechtlichen Problematik vgl. auch in diesem Band *Eva Schumann,* #; verfassungsrechtliche Bedenken äußern auch *Esther Rosenboom/Horst-Heiner Rotax*, Ein kleiner Meilenstein auf dem Weg zum besseren Kindesschutz, ZRP 2008, S. 1, 3, und *Vogel* (Anm. 28), S. 233. Hinsichtlich des Mehraufwandes für die Richter ist von untergeordneter Bedeutung, wie das Überprüfungsverfahren gerichtsintern erfasst wird, d.h. ob das Verfahren als neues Verfahren mit neuem Aktenzeichen eingetragen oder entsprechend § 13a II 6 AktO zur bisherigen Verfahrensakte genommen wird. Maßgebend ist unabhängig vom Aktenzeichen das Erfassen des Verfahrens mit einer neuen Zählkarte. Auf diese Weise wird das Überprüfungsverfahren statistisch als neues Verfahren behandelt, damit es sich in den Richterpensen angemessen niederschlägt; vgl. zur Frage der Erfassung auch *Vogel* (Anm. 28), S. 233 und *Willutzki* (Anm. 35), S. 142.

Das Gesetz begründet in diesem Zusammenhang eine weitere Pflicht des Gerichts: Wird ein Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung überhaupt nicht eingeleitet, soll nach § 24 II FamFG künftig derjenige, der es angeregt hat, im Fall eines berechtigten Interesses informiert werden, wobei ihm unter Wahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der weiteren von dem Antrag betroffenen Personen in der gebotenen Kürze sogar die Gründe für die Entscheidung mitgeteilt werden sollen.[42] So berechtigt diese Mitteilung im Hinblick auf die „praktische Bedeutung von Anregungen von Dritten“[43] in Amtsverfahren sein mag, so problematisch können diesbezügliche Begründungen werden, bieten sie doch Ansatzpunkte für weitere Nachfragen. Je nach Persönlichkeitsstruktur des „Anzeigeerstatters“ kann sich daraus eine veritable „Brieffreundschaft“ entwickeln.

VI. In eigener Sache

Die mit dem neuen Recht verbundene Veränderung des Entscheidungsverhaltens wird von Richtern überwiegend akzeptiert. Insoweit unterliegt deren Rollenverständnis schon seit längerem einem Wandel. Viele Kollegen bilden sich auf dem Gebiet der einvernehmlichen Konfliktbeilegung weiter und versuchen, mit verschiedenen Modellen Konflikte rasch beizulegen.

Wenn also massive Bedenken auf Seiten der Richter bestehen, so richten sich diese im hier diskutierten Bereich gar nicht gegen das neue Verfahrensrecht als solches. Über das Vorrang- und Beschleunigungsgebot besteht – wie erwähnt – ohnehin weitgehend Einigkeit. Aber der Familienrichter, der seine Aufgabe ernst nimmt und mit Engagement bei der Sache ist, will auch über den Gewaltschutzantrag einer Frau entscheiden, wenn die Frist der Wegweisung durch die Polizei abzulaufen droht.[44] Er will geltend gemachte Unterhaltsansprüche regeln, sei es, weil die betreuende Mutter mit drei kleinen Kindern das Geld schnell braucht, sei es, weil sich auch Unterhaltsverfahren besser vergleichen lassen, wenn den Parteien nicht die Zeit bleibt, alle Phasen ihrer Ehe noch einmal schriftsätzlich „aufzuarbeiten“. Oder ein Arrest zur Sicherung einer Zugewinnausgleichsforderung – kann der einfach liegen bleiben? Der engagierte Familienrichter will auch an Fortbildungen oder Arbeitskreisen zur Koordination der Tätigkeit der Gerichte und Jugendämter teilnehmen. Es muss dringend dafür Sorge getragen werden, dass ihm auch künftig die Zeit

[42] BT-Drs. 16/6308, S. 186.

[43] BT-Drs. 16/6308, S. 186.

[44] Die auch nicht verlängerbar ist, vgl. VG Karlsruhe FF 2008, S. 123 mit Anmerkung von *Lothar Müller.*

dazu bleibt, sonst ist – Zitat Prof. *Coester* aus seinem Vortrag heute Vormittag[45] – mit einem „Absterben der Begeisterung“ zu rechnen.

[45] *Michael Coester*, Verfahren bei Kindeswohlgefährdung, in diesem Band, S. 39 ff.

Stärkung und Schutz des Kindeswohls
Stehen die aktuellen Reformen mit Art. 6 GG in Einklang?

Eva Schumann

I. Einführung

Mit diesem Beitrag soll eine Bestandsaufnahme zur normativen Funktion des Rechtsbegriffs „Kindeswohl" im Kindschaftsrecht des BGB und im Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII) erfolgen, wobei im Zentrum das im Juli 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (KiWoMaG)[1] und dessen Zielsetzung, die

---

[1] BGBl. I, S. 1188. Der Referentenentwurf vom 18. April 2007 wurde im Wesentlichen wortgleich als Gesetzesentwurf der Bundesregierung am 10. August 2007 in den Bundesrat (BR-Drs. 550/07) und am 24. Oktober 2007 mit der Stellungnahme des Bundesrates in den Bundestag (BT-Drs. 16/6815; dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 23.4.2008, BT-Drs. 16/8914) eingebracht. Beide Entwürfe beruhen im Wesentlichen auf dem Abschlussbericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls" vom 17. November 2006. Dazu *Eva Schumann*, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 14. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart", Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-Historische Klasse NF, Bd. 3, 2008, S. 169, 180 ff. Zum Kindeswohlmaßnahmengesetz vgl. weiter *Walter Röchling*, Neue Aspekte zu Kinderschutz und Kindeswohl? – Zum Entwurf eines „Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls", FamRZ 2007, S. 1775 ff.; *ders.*, Das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FamRZ 2008, S. 1495 ff.; *Thomas Meysen*, Neuerungen im zivilrechtlichen Kinderschutz, NJW 2008, S. 2673 ff.; *ders.*, Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefähr-

Verbesserung des Schutzes gefährdeter Kinder,[2] stehen werden. Die leitende Frage, wie der Gesetzgeber den Rechtsbegriff des „Kindeswohls" einsetzt, wird vor dem Hintergrund des Elternrechts in Art. 6 II GG diskutiert.

II. Der Rechtsbegriff „Kindeswohl" im BGB und SGB VIII

Der Rechtsbegriff „Kindeswohl" wird im Kindschaftsrecht und im Kinder- und Jugendhilferecht mit unterschiedlichen Zielrichtungen eingesetzt (Anhang, Abb. 1). So ist erstens zwischen Normen mit positivem und negativem Kindeswohlstandard[3] zu differenzieren, d.h. zwischen Normen, die – wie § 1697a BGB – auf eine bestmögliche Verwirklichung des Kindeswohls zielen, und solchen, die das Kindeswohl wie §§ 1666 ff. BGB oder § 42 I Nr. 2 SGB VIII ausgehend vom negativen Standard (Kindeswohlgefährdung) definieren. Zweitens ist nach den Adressaten und der Wirkungsweise dieser Normen zu differenzieren, d.h. zwischen Normen, die sich wie die Erziehungsleitbilder mit Appellfunktion an die Eltern richten (z.B. §§ 1626 II, III, 1631 II, 1631a BGB), und solchen, die den Staat als Adressaten ansprechen, und zwar erstens in seiner Funktion als Wächter im Falle einer Kindeswohlgefährdung, zweitens in der Funktion als Schlichter im Elternkonflikt (in diesem Fall dient das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab, so insbesondere beim Streit der Eltern um die elterliche Sorge in § 1671 II Nr. 2 BGB) oder drittens den Staat auf Leistung in Anspruch nehmen (§§ 27 ff. SGB VIII).[4]

Diesem Verständnis liegt zugrunde, dass Art. 6 II 2 GG den Eltern bis zur Schwelle der Gefährdung des Kindeswohls das Grundrecht auf Verwirklichung ihrer persönlichen Erziehungsvorstellungen gewährt und das BVerfG diesen Erziehungsvorrang der Eltern gerade mit dem Schutz des Kindes be-

dung des Kindeswohls – Geändertes Recht ab Sommer 2008, JAmt 2008, S. 233 ff.; *Dieter Büte*, Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FuR 2008, S. 361 ff.

[2] BT-Drs. 16/6815, S. 1.

[3] Zu den Begriffen „positiver" und „negativer Kindeswohlstandard" vgl. *Michael Coester*, Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, FamRZ 1991, S. 253 ff., 255; *ders.*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 171; *Joachim Gernhuber*, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, S. 229, 232 f.

[4] Dazu insgesamt *Schumann* (Anm. 1), S. 169 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen und einer Darstellung der historischen Entwicklung. Einen Überblick geben auch *Johannes Münder*, Zur Balance von Elternrechten, Kindeswohl, Kinderschutz und Kinderrechten, JAmt 2008, S. 294 ff.; *Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Zur Geschichte der Kinderrechte, FPR 2008, S. 471 ff.

gründet, weil „in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“.[5]

Mit dieser Rechtsprechung hat sich das BVerfG in die Tradition der Väter und Mütter des Grundgesetzes gestellt, die den Vorrang elterlicher vor staatlicher Verantwortung in Abgrenzung zu den Erfahrungen der NS-Zeit besonders hervorhoben und daher ganz bewusst davon absahen, das Elternrecht – wie etwa in der Weimarer Reichsverfassung oder auch später in der Verfassung der DDR – bestimmten staatlichen Erziehungszielen unterzuordnen.[6] Aus diesem Grund betont das BVerfG auch in ständiger Rechtsprechung, dass dem Staat nicht die Aufgabe zukomme, „gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“.[7] Das staatliche Wächteramt ist auf Gefahrenabwehr beschränkt und bis zum Erreichen der Grenze des negativen Kindeswohlstandards müssen sich Kinder mit etwaigen Nachteilen der elterlichen Erziehung abfinden. Kinder haben somit keinen Anspruch auf „Idealeltern“ und der Staat darf nicht mit der Begründung, dass es andere

---

[5] BVerfGE 61, S. 358, 371.

[6] Art. 120 Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919: „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.“ Zu beachten ist auch, dass in Art. 120 WRV die Erziehung noch an erster Stelle als oberste Pflicht und erst an zweiter Stelle als natürliches Recht der Eltern genannt wurde, während in Art. 6 II GG bewusst die umgekehrte Reihenfolge gewählt wurde. Vgl. weiter Art. 38 IV der DDR-Verfassung in der Fassung vom 7. Oktober 1974: „Es ist das Recht und die vornehmste Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu gesunden und lebensfrohen, tüchtigen und allseitig gebildeten Menschen, zu staatsbewußten Bürgern zu erziehen. Die Eltern haben Anspruch auf ein enges und vertrauensvolles Zusammenwirken mit den gesellschaftlichen und staatlichen Erziehungs- und Bildungseinrichtungen.“ Dazu *Schumann* (Anm. 1), S. 175 f. m.w.N.; *Matthias Jestaedt*, Staatlicher Kindesschutz unter dem Grundgesetz – Aktuelle Kindesschutzmaßnahmen auf dem Prüfstand der Verfassung, in: Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht, 2008, S. 5, 15 f.

[7] So BVerfGE 60, S. 79, 88, 94 (ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 24, S. 119, 143 ff.); jüngst wieder BVerfGE 107, S. 104, 117 f.: „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Sie können grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen [...]. Ziel, Inhalt und Methoden der elterlichen Erziehung liegen im Verantwortungsbereich der Eltern. Konkrete Erziehungsziele sind ihnen von Verfassungs wegen nicht vorgegeben. Art. 6 Abs. 2 GG schützt die Eltern damit vor staatlichen Eingriffen bei der Ausübung ihres Erziehungsrechts und verbindet dies mit der Verpflichtung, das Wohl des Kindes zur obersten Richtschnur der Erziehung zu machen [...]. […] Der Staat muss vielmehr stets den Vorrang der elterlichen Erziehung achten. Zudem gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Art und Ausmaß des Eingriffs bestimmen sich nach dem Grad des Versagens der Eltern und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist [...].“

Personen oder Einrichtungen gibt, die zur Erziehung und Förderung des Kindes besser geeignet sind, in das Elternrecht eingreifen.[8]

Zur Wahrung des in Art. 6 II GG enthaltenen Vorrangs elterlicher vor staatlicher Verantwortung sind somit folgende Vorgaben zu beachten: (1) Elternverantwortung und Kindeswohl bilden keinen Gegensatz, sondern eine Einheit, d.h. es gilt die widerlegbare Vermutung, dass Eltern sich bei Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung von Natur aus vom Kindeswohl leiten lassen. (2) Diese Vermutung gilt bis zur Grenze einer Gefährdung des Kindeswohls, d.h. der Staat ist als Wächter erst dann zu einem Eingriff in das Elternrecht legitimiert, wenn die Gefahr ein solches Maß erreicht hat, dass bei Fortbestand der Situation mit ziemlicher Sicherheit eine erhebliche Schädigung des Kindeswohls zu erwarten ist.[9] (3) Unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle besteht „nur" die Möglichkeit, den Eltern und auch den Kindern Beratungs- und Unterstützungsangebote auf freiwilliger Basis – wie sie in den §§ 27 ff. SGB VIII vorgesehen sind – zu unterbreiten.[10]

III. Die Vorverlagerung staatlicher Eingriffsbefugnisse durch das Kindeswohlmaßnahmengesetz vom 4. Juli 2008

Die nicht unerhebliche Lücke, die zwischen dem positiven und dem negativen Standard klafft, und das damit verbundene Unbehagen, dass bis zum Erreichen der Gefährdungsschwelle ein weitgehend staatsfreier Raum bleibt, in dem das „Weniger" an elterlicher Verantwortung nicht durch ein „Mehr" an staatlicher Verantwortung (gegen den Willen der Eltern) ausgeglichen werden darf, vielmehr das Abweichen vom positiven Kindeswohlstandard dem Kind als

[8] OLG Hamm FamRZ 2004, S. 1665. Ähnlich auch BVerfG FamRZ 1982, S. 567, 570. Zum grundsätzlichen Interpretationsprimat der Eltern auch *Jestaedt* (Anm. 6), S. 13 ff. Das Gebot einer weitgehenden staatlichen Zurückhaltung scheint aber auch das BVerfG allmählich aufzugeben, vgl. BVerfG FPR 2008, S. 238 ff. und die Stellungnahme von *Christine Hohmann-Dennhardt*, Kindeswohl und Elternrecht – Rechtsverhältnis von Eltern und Kindern, FPR 2008, S. 476 f. Kritisch dazu *Ludwig Salgo*, Wie man aus einer ungünstigen Situation eine das Wohl des Kindes gefährdende machen kann – Grenzen der Staatsintervention zur Durchsetzung des Umgangsrechts, FPR 2008, S. 401 ff.

[9] *Michael Coester*, Inhalt und Funktionen des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?, in: Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht, 2008, S. 19, 24 ff.

[10] *Jestaedt* (Anm. 6), S. 17 weist zu Recht darauf hin, dass dieses Angebot „nicht den Charakter einer faktischen, die elterliche Entscheidungsfreiheit unterlaufenden Überwältigung annehmen" darf.

persönliches Schicksal zuzumuten ist,[11] haben in Rechtsprechung, Schrifttum und Rechtspolitik schon seit längerem Tendenzen zur Schließung der Lücke heraufbeschworen – und zwar einerseits durch die Herabsetzung der Gefährdungsschwelle[12] und andererseits (so jetzt auch durch das KiWoMaG) durch die Etablierung des Staates als „Miterzieher" unterhalb dieser Schwelle.[13]

1. Das neue Institut der „möglichen" Kindeswohlgefährdung

Der Tatbestand des § 50f I FGG (§ 157 FamFG-E) setzt voraus, dass in einem Verfahren nach §§ 1666 f. BGB eine „mögliche Gefährdung des Kindeswohls" festgestellt wird. § 50f I FGG liegt somit ein Sachverhalt zugrunde, bei dem aufgrund des Verdachts einer Kindeswohlgefährdung das Familiengericht angerufen wird, sich dann aber im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass die Schwelle des § 1666 BGB noch nicht erreicht ist, d.h. keine konkrete, wohl aber eine mögliche Kindeswohlgefährdung besteht. Auf die Vorverlagerung staatlicher Eingriffsbefugnisse wird in der Gesetzesbegründung mehrfach und

[11] Dazu nachdrücklich *Coester* (Anm. 9), S. 34: „Die Zurückhaltung des staatlichen Wächters im Zwischenbereich zwischen positivem Kindeswohl und Kindesgefährdung beruht im Wesentlichen auf drei Gründen: den Schwierigkeiten, ‚das Beste' für ein konkretes Kind verlässlich zu bestimmen; der weitgehenden Ungeeignetheit staatlicher Institutionen, es ggf. anstelle der Eltern zu gewährleisten; und dem auch historisch bedingten Primat der Eltern, für ihr Kind zu sorgen, wie sie es für richtig halten. Dies schließt ‚niedrigschwelliges Mitregieren' des Staates in einer konkreten Familie unterhalb der allgemeinen Gefährdungsgrenze aus, selbst wenn das, was als kindeswohlgerechtes Verhalten durchgesetzt werden soll, allgemeinem Richtigkeitskonsens entspricht. Die Gewissheit, mit Weisungen oder Ähnlichem das Richtige zu tun, wird schon dann schwächer, wenn man das Kind nicht als isoliertes Individuum sieht, sondern als unlösbar eingebunden in das Familiensystem – der Vorteil eines ‚minimalinvasiven Eingriffes' kann leicht durch familiendynamische Nachteile aufgewogen werden."

[12] Dazu umfassend *Schumann* (Anm. 1), S. 189 ff. So hatte beispielsweise das OLG Oldenburg FamRZ 1999, S. 38 Eltern die Sorge mit der Begründung entzogen, dass sie aufgrund ihres Bildungsniveaus nicht in der Lage seien, „die Persönlichkeitsentwicklung ihrer Kinder im Hinblick auf eine im Normbereich liegende leibliche, seelische und gesellschaftliche Tüchtigkeit anzuregen und voranzubringen". Dazu *Eva Schumann*, Biologisches Band oder soziale Bindung? – Vorgaben der EMRK und des deutschen Rechts bei Pflegekindverhältnissen, RdJB 2006, S. 165, 171 ff.

[13] Kritisch auch *Coester* (Anm. 9), S. 33: „Dabei ist auch zu bedenken, dass die genannten Kriterien für eine Absenkung der Eingriffsschwelle kumuliert werden können: Gewissheit über das eigentlich ‚Richtige' und große Wahrscheinlichkeit eines Schadens, verbunden mit einer ‚niedrigschwelligen' Intervention, etwa einer Weisung oder Auflage an die Eltern, könnte so leicht dazu führen, dass der Staat als Wächter mitten in der Normalfamilie steht und die Verhaltensweisen der Eltern steuert. Darf das Familiengericht stark rauchende Eltern, die ein Baby bekommen haben, anweisen, im Kinderzimmer (oder gar in der Wohnung) nicht zu rauchen? Darf es ein Rauch- oder Alkoholverbot für eine schwangere Frau erlassen?" Zur „Versuchung des ‚positiven Standards'" eindringlich auch *Jestaedt* (Anm. 6), S. 15 f.

deutlich hingewiesen,[14] offen bleibt jedoch, wann die „mögliche“ Kindeswohlgefährdung beginnt,[15] insbesondere ob der Tatbestand mit der „Nichtgewährleistung des Kindeswohls“ in § 27 SGB VIII[16] identisch sein soll.[17]

Aber auch die in § 50f FGG und § 1696 III BGB (§ 166 III FamFG-E) vorgesehenen Rechtsfolgen bei Vorliegen einer „möglichen“ Kindeswohlgefährdung, das sog. Erörterungsgespräch und die Überprüfung des Sachverhalts nach drei Monaten, lassen viele Fragen offen:

---

[14] So ausdrücklich auch BT-Drs. 16/6815, S. 17: „Dem Familiengericht steht damit – bereits *im Vorfeld* und unabhängig von Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB – ein wirksames Instrument zur Verfügung, um auf die Eltern und die Kinder einzuwirken“. Vgl. weiter ebenda, S. 1 zu den Zielen des Gesetzes: „Insbesondere sollen Möglichkeiten geschaffen werden, *frühzeitiger* und stärker auf die Eltern einzuwirken, um diese anzuhalten, notwendige öffentliche Hilfen zur Wiederherstellung ihrer Elternkompetenz in Anspruch zu nehmen. In diesem Sinne sieht der Entwurf verschiedene Änderungen vor, die eine *frühzeitige* Anrufung des Familiengerichts und ein *frühes*, aber ggf. niedrigschwelliges Eingreifen durch das Familiengericht fördern sollen.“ [Hervorhebungen durch Verf.]. Dazu auch *Michael Coester*, Verfahren in Kindschaftssachen, in diesem Band, S. 39, 49 f. („gewisse Vorverlagerung des staatlichen Wächteramts auf verfahrensrechtlicher Ebene“); *Dirk Hornikel*, Die Neuregelung des Verfahrens bei Kindeswohlgefährdung: Ein Blick auf die gesetzlichen Grundlagen, in diesem Band, S. 207, 208 f.

[15] Es bleibt nur zu hoffen, dass die Rechtsprechung – wie in dem Beitrag von *Isabell Götz*, Verfahren bei Kindeswohlgefährdung: Anmerkungen aus der gerichtlichen Praxis, in diesem Band, S. 215, 219 gefordert – das Erörterungsgespräch erst dann führt, wenn „*konkrete* Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen“. Zu befürchten ist allerdings, dass Jugendämter früher die Familiengerichte anrufen und es dann auch häufiger zu Eingriffen in die elterliche Sorge kommt. Dazu *Meysen* (Anm. 1), NJW 2008, S. 2675: „Die Zahl, in der Jugendämter die Familiengerichte nach § 8a III 1 SGB VIII anrufen, ist drastisch angestiegen. Die 12.800 Anrufungen in 2007 bedeuten eine Steigerung um 18,5 % (2000 Fälle) im Vergleich zum Vorjahr und sogar um 30 % gegenüber 2005. In den familiengerichtlichen Verfahren ist es indes nicht nur bei Erörterungen geblieben. Der teilweise oder vollständige Entzug des Sorgerechts ist in 2007 auf 10.800 Fälle angestiegen, was eine Steigerung gegenüber 2006 um 12,5 % (1200 Fälle) und um knapp 23 % gegenüber 2005 bedeutet.“ Vgl. weiter *Peter Bringewat*, Die Abschätzung des Gefährdungsrisikos gem. § 8a Abs. 1 S 1 SGB VIII, ZKJ 2008, S. 297 ff., insbesondere S. 302.

[16] § 27 SGB VIII gibt dem Personensorgeberechtigten einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, wenn eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 11/5948, S. 68) soll dieser Anspruch bereits unterhalb der Schwelle des staatlichen Wächteramtes bestehen, wobei Leistungen möglichst frühzeitig angeboten werden sollen, so dass davon auszugehen ist, dass der gesamte Bereich zwischen positivem und negativem Kindeswohlstandard abgedeckt ist. Vgl. auch jüngst wieder BT-Drs. 16/6815, S. 8: „Die Hilfen zur Erziehung setzen damit keine Gefährdung des Kindeswohls voraus, sondern sind bereits unterhalb dieser Schwelle zu gewährleisten (§ 27 Abs. 1 SGB VIII).“

[17] Kritisch zum Tatbestand auch *Röchling* (Anm. 1), FamRZ 2008, S. 1496 (Fn. 25).

Wie unterscheidet sich das sog. Erörterungsgespräch nach § 50f I FGG von der persönlichen Anhörung der Eltern nach § 50a I 3 FGG?

Nach der Gesetzesbegründung ist anzunehmen, dass die Anhörung nach § 50a FGG zur Klärung des Sachverhalts ergebnisoffen zu führen ist, während das Erörterungsgespräch nach § 50f I FGG einen „erziehenden" Charakter haben soll,[18] wenngleich ausdrücklich „auf den Begriff des ‚Erziehungsgesprächs'" verzichtet wurde, „um den fälschlichen Eindruck zu vermeiden, dass der Familienrichter im Verfahren selbst als Erzieher auftritt".[19]

Welche rechtlichen Folgen können für den Fall der Nichtannahme notwendiger Hilfen angedroht werden?

Hier kann der Richter nur darauf hinweisen, dass eine Verschlechterung der Kindeswohlsituation (d.h. wenn aus der „möglichen" eine „konkrete" Kindeswohlgefährdung werden sollte) aufgrund der gesetzlichen Pflicht einer Überprüfung des Sachverhalts nach § 1696 III 2 BGB dem Gericht zeitnah zur Kenntnis kommen wird und dann zur Verpflichtung zur Annahme öffentlicher Hilfen (§ 1666 III Nr. 1 BGB) führen kann. Allerdings müsste der Richter auch – jedenfalls auf Nachfrage – darauf hinweisen, dass im Falle des Fortbestandes der bloß „möglichen" Kindeswohlgefährdung keine rechtlichen Konsequenzen drohen.[20] Ob das Erörterungsge-

[18] BT-Drs. 16/6815, S. 9, 12 zu § 50a I 3 FGG und zu § 50f I FGG: „Dementsprechend ist der Schwerpunkt des Anhörungsgesprächs in der Regel die Feststellung des Sachverhalts. Das Gespräch wird demnach in der Praxis vielfach nicht in ausreichendem Umfang dazu genutzt, auf die Eltern einzuwirken […]. […] Die vorgesehene Erörterung der Kindeswohlgefährdung unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Anhörung der Eltern nach § 50a FGG. Während die Anhörung der Aufklärung des Sachverhalts […] dient, hat die ‚Erörterung der Kindeswohlgefährdung' insbesondere die Frage zum Gegenstand, wie eine mögliche Gefährdung für das Kindeswohl, insbesondere durch öffentliche Hilfen, abgewendet werden kann. […] Es ist Aufgabe der Gerichte, in diesem Gespräch den Eltern den Ernst der Lage vor Augen zu führen, auf mögliche Konsequenzen hinzuweisen und darauf hinzuwirken, dass die Eltern notwendige Leistungen der Jugendhilfe annehmen und mit dem Jugendamt kooperieren." Zur Abgrenzung auch *Hornikel* (Anm. 14), S. 208.

[19] BT-Drs. 16/6815, S. 12. Kritisch auch *Meysen* (Anm. 1), NJW 2008, S. 2675; *ders.* (Anm. 1), JAmt 2008, S. 239.

[20] Unklar aber BT-Drs. 16/6815, S. 15: „Nehmen beispielsweise Eltern – entgegen ihrer Zusage im Gerichtstermin – Jugendhilfeleistungen nicht in Anspruch, soll das Gericht zeitnah weitergehende Maßnahmen prüfen." Weitergehende Maßnahmen (d.h. Maßnahmen, die über ein erneutes Erörterungsgespräch und die Kontrolle nach § 1696 III BGB hinausgehen) setzen jedoch eine Verschlechterung der Situation (d.h. das Vorliegen einer konkreten Kindeswohlgefährdung) voraus.

spräch dann noch – wie es in der Gesetzesbegründung heißt – „eine gewisse ‚Warnfunktion' entfalten" kann,[21] scheint insbesondere in den Fällen fraglich, in denen die Eltern deshalb nicht mit dem Jugendamt kooperieren, weil sie das Gefährdungsrisiko anders einschätzen.

Wie häufig kann es zu einer gerichtlichen Kontrolle nach § 1696 III BGB kommen, wenn sich die Situation für das Kind weder verbessert noch verschlechtert, d.h. der Zustand einer „möglichen" Kindeswohlgefährdung fortbesteht?

Zwar soll nach der Gesetzesbegründung „die Einführung dieser Überprüfungspflicht nicht zu einer ‚Dauerkontrolle' der Familie durch das Familiengericht führen", gleichzeitig ist aber der Gesetzeswortlaut nicht auf eine einmalige Kontrolle beschränkt und die dem Familiengericht eingeräumte „Flexibilität" lässt eine Mehrfachkontrolle zu.[22]

2. Das Verfahren bei Vorliegen einer „möglichen" Kindeswohlgefährdung

Aufgrund der Vorverlagerung staatlicher Eingriffsmöglichkeiten kann nunmehr in Fällen, in denen Eltern sich an das Jugendamt zur Inanspruchnahme staatlicher Hilfen (§§ 27 ff. SGB VIII) wenden oder das Familiengericht als Schlichter im Elternkonflikt anrufen,[23] das Herantreten der Eltern an das Ju-

---

[21] BT-Drs. 16/6815, S. 17.

[22] BT-Drs. 16/6815, S. 15. In der Literatur wird teilweise schon von einem „prozesshafte[n] Begleiten von Familienkonflikten" gesprochen und davon, dass die Familiengerichte „länger an den Familien und ihren Konflikten dran [...] bleiben" müssten; so etwa *Meysen* (Anm. 1), NJW 2008, S. 2677. Kritisch zu § 1696 III BGB auch *Coester* (Anm. 14), S. 49 f.

[23] In diesen Kontext gehört auch die Bestellung eines Umgangspflegers nach § 1684 III BGB-E bei Verletzung der Wohlverhaltenspflicht durch einen Elternteil. Im Gegensatz zum geltenden Recht ist künftig nicht mehr das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung erforderlich, vielmehr genügt die Verletzung der Wohlverhaltenspflicht nach § 1684 II BGB. Dazu *Dirk Hornikel*, Verfahrensbeistand und Umgangspfleger: Was ändert die FGG-Reform?, in diesem Band, S. 145, 150. Kritisch zum Institut des Umgangspflegers *Ludwig Salgo*, „Ein Schritt nach vorn, zwei Schritte zurück"?! – Kritische Anmerkungen zur Installation des Umgangspflegers und zur Revision der Verfahrenspflegschaft im FGG-RG, in diesem Band, S. 153 ff., insbesondere S. 166 ff. (S. 167: „für die mit der Anordnung der Umgangspflegschaft verbundenen faktischen Sorgerechtsbeschränkungen [müsste] stets die hohe Schwelle der Kindeswohlgefährdung erreicht sein") und im Resümee, S 190: „Mit der neuen Umgangspflegschaft verabschiedet sich der Gesetzgeber vom Grundsatz, dass Eingriffe in das elterliche Sorgerecht erst bei (nicht anders abwendbaren) erheblichen Kindeswohlgefährdungen zulässig sind." Verfassungsrechtliche Bedenken äußert auch *Barbara Veit*, Verfahrensbeistand und Umgangspfleger nach dem neuen FamFG – wahre Interessenvertreter des Kindes?, in diesem Band, S. 195 ff.

gendamt/Familiengericht zum Einfallstor für Eingriffe in das Elternrecht im Vorfeld einer Kindeswohlgefährdung werden.[24]

Wenden sich beispielsweise Eltern wegen Verhaltensauffälligkeiten ihres Kindes an das Jugendamt und wollen sie die in §§ 27 ff. SGB VIII angebotenen staatlichen Hilfen in Anspruch nehmen, dann ist folgendes Szenario denkbar (Anhang, Abb. 2): Das Jugendamt bietet konkrete Hilfe an (Stufe 1: Angebotsphase), die Eltern kooperieren aber nicht in der gewünschten Weise. Zwar kann das Jugendamt in diesem Fall die Eltern nicht zur Annahme des Hilfeangebots verpflichten, jedoch ist das Jugendamt zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes, insbesondere zur Abschätzung des Gefährdungsrisikos, nach § 8a III 1 Hs. 2 SGB VIII zur Gefahrermittlung berechtigt, wobei den Eltern jetzt eine Mitwirkungspflicht obliegt (Stufe 2: Mitwirkungsphase). Kooperieren die Eltern wieder nicht hinreichend, etwa weil sie das Gefährdungsrisiko anders einschätzen, so ist das Jugendamt nach § 8a I, III SGB VIII berechtigt, das Familiengericht zur Klärung des Gefährdungsrisikos anzurufen, das nun von Amts wegen den Sachverhalt (z.B. durch Einholung eines Sachverständigengutachtens) klären kann.[25] Sofern sich nun der Verdacht nicht als völlig unbegründet herausstellt und ein Fall vorliegt, der in das Vorfeld einer Kin-

---

[24] Abzuwarten bleibt, welche Folgen die Neuregelung für die Inanspruchnahme der Hilfen des Jugendamtes (§§ 27 ff. SGB VIII) durch „Problemfamilien" hat, wenn sich das Herantreten der Eltern an das Jugendamt als Einfallstor für staatliche Kontrolle erweisen kann. Zu befürchten ist, dass sich die Neuregelung zumindest in Einzelfällen kontraproduktiv auswirkt. Kritisch daher auch *Claudia Lücking-Michel*, Schutz vor Kindeswohlgefährdungen – Anmerkungen zur aktuellen Debatte – Stellungnahme des Bundesjugendkuratoriums, ZKJ 2008, S. 200, 204: „Die Art, in der in der Gesellschaft – insbesondere in der medialen Öffentlichkeit, bei der auch Teile der ‚Fachszene' mitwirken – über Kindeswohlgefährdungen und Kinderschutz diskutiert wird, droht die Kinder- und Jugendhilfe zurückzuwerfen auf alte, bisher als überholt angesehene Muster der Fürsorgetradition. Dadurch wird gesellschaftspolitisch die Spannung zwischen Freiheit und gesellschaftlicher Kontrolle missachtet und kinder- und jugendhilfepolitisch wird die Gefahr einer reduzierten Zugangsmöglichkeit zu problembelasteten Familien erzeugt."

[25] Zu diesen Phasen BT-Drs. 16/6815, S. 8: „In Fällen, in denen eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist, besteht ein individueller Anspruch auf Hilfen zur Erziehung (§ 27 ff. SGB VIII). Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe basieren in der Regel auf einer freiwilligen Inanspruchnahme durch die Eltern. Die pädagogische Herausforderung des Jugendamtes besteht darin, bei den Eltern die Einsicht zu wecken und sie für die Mitarbeit am Hilfeprozess zu gewinnen. Die Hilfen zur Erziehung setzen damit keine Gefährdung des Kindeswohls voraus, sondern sind bereits unterhalb dieser Schwelle zu gewähren […]. Solange Jugendämter von einer ausreichenden Kooperation der Eltern bei der Gefahrenabwehr für das Kind ausgehen dürfen, sind sie nicht auf die Unterstützung durch das Familiengericht angewiesen. […] Hält das Jugendamt das Tätigwerden des Familiengerichts für erforderlich, so hat es das Gericht anzurufen; dies gilt auch, wenn die Eltern nicht bereit oder in der Lage sind, bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuwirken (§ 8a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII)."

deswohlgefährdung einzuordnen ist, tritt der Staat nach den neuen Regelungen des Kindeswohlmaßnahmengesetzes als „Miterzieher“ auf. Der Familienrichter führt jetzt mit den Eltern ein sog. „Erörterungsgespräch“ gemäß § 50f FGG, das nach dem Willen des Gesetzgebers eine „gewisse Warnfunktion“ dadurch entfalten soll, dass der Richter die Eltern nachdrücklich auf die Folgen der Nichtannahme staatlicher Hilfen hinweist (Stufe 3: Warnphase). Wörtlich heißt es in der Begründung, dass das Gericht auf die Eltern einwirken soll, damit diese mit dem Jugendamt kooperieren.[26] Nach in der Regel drei Monaten hat sich das Gericht gemäß § 1696 III BGB erneut mit dem Fall zu beschäftigen, um zu überprüfen, ob die Eltern die gerichtliche Warnung ernst genommen haben (Stufe 4: Kontrollphase).[27] Sofern sich an der Situation des Kindes innerhalb von drei Monaten nichts geändert hat, besteht dann die Gefahr eines Endloszirkels bzw. einer Dauerkontrolle der elterlichen Erziehung, obwohl lediglich die Möglichkeit einer Gefährdung des Kindeswohls, d.h. die

[26] Zur dritten Phase heißt es in BT-Drs. 16/6815, S. 17: „Das Gespräch soll die Eltern stärker in die Pflicht nehmen, sie stärker in den Hilfeprozess einbinden und auf sie einwirken, mit dem Jugendamt zu kooperieren und notwendige öffentliche Hilfen in Anspruch zu nehmen. Dabei sollen die Eltern insbesondere darauf hingewiesen werden, welche Folgen die Nichtannahme notwendiger Hilfen haben kann. Das Erörterungsgespräch kann damit eine gewisse ‚Warnfunktion’ entfalten. Die vorgeschlagene Regelung stellt auf eine ‚mögliche’ Gefährdung des Kindeswohls ab. Da das Jugendamt das Familiengericht nach § 8a Abs. 3 Satz 1 zweiter Halbsatz SGB VIII bereits dann anzurufen hat, wenn die Eltern bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos nicht mitwirken, eine Kindeswohlgefährdung also noch nicht feststeht, kann das Erörterungsgespräch bereits in der Phase der Klärung stattfinden. Dem Familiengericht steht damit – bereits im Vorfeld und unabhängig von Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB – ein wirksames Instrument zur Verfügung, um auf die Eltern und die Kinder einzuwirken und die Verbindlichkeit eines vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe aufgestellten Hilfeplans zu verdeutlichen.“

[27] Sinn und Zweck der vierten Phase beschreibt BT-Drs. 16/6815, S. 15 folgendermaßen: „Gerade wenn […] die Schwelle der Kindeswohlgefährdung noch nicht erreicht ist, eine Verschlechterung der Kindeswohlsituation aber nicht auszuschließen ist, soll im Interesse des Kindes eine nochmalige Befassung des Gerichts mit dem Fall gewährleistet werden. Dadurch kann der Gefahr vorgebeugt werden, dass Eltern nach einem für sie folgenlosen Gerichtsverfahren nicht mehr mit dem Jugendamt kooperieren und ihrem Kind damit notwendige Hilfe vorenthalten. Nehmen beispielsweise Eltern […] Jugendhilfeleistungen nicht in Anspruch, soll das Gericht zeitnah weitergehende Maßnahmen prüfen.“ Die Einteilung in Phasen (Angebotsphase – Mitwirkungsphase – Warnphase – Kontrollphase) stammt von der Verf. Zur Differenzierung zwischen „Eingriffs- und Kontrollphase“ vgl. *Coester* (Anm. 9), S. 35 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass bereits mit der Unterbreitung von Hilfsangeboten nach §§ 27 ff. SGB VIII eine gewisse Überwachung der „Problemfamilie“ einhergeht, die durch das Kindeswohlmaßnahmengesetz – auch nach Ansicht von *Coester* – „merklich ausgebaut“ wurde.

Möglichkeit einer möglichen Schädigung des Kindes – also die Gefahr einer Gefahr – vorliegt (Anhang, Abb. 3).[28]

3. Die Gründe für die Reform und ihre Stichhaltigkeit

Da das hehre Ziel des Schutzes einzelner gefährdeter Kinder und die Förderung aller Kinder durch Verpflichtung der Eltern auf die positiven Standards zur Verwirklichung von Chancengleichheit auch gegen den Willen der Eltern umgesetzt werden sollen, das Eingreifen des Staates in das Elternrecht nach Art. 6 II GG jedoch eine Gefahrensituation verlangt, vermittelt die Politik – mit nachhaltiger Unterstützung durch die Medien – den Eindruck, dass erstens Eltern immer weniger in der Lage seien, ihre Kinder zu erziehen[29] und zweitens – und auch dies wird auf ein Versagen der Eltern zurückgeführt – die Verhaltens- und Strafauffälligkeit von Kindern und Jugendlichen in jüngster Zeit zugenommen habe.

Auch in den Materialien zum Kindeswohlmaßnahmengesetz findet sich im Zusammenhang mit der Notwendigkeit einer Vorverlagerung staatlicher Kontrolle der Hinweis auf Kindesmisshandlungen und -vernachlässigungen einerseits und Kinder- und Jugenddelinquenz andererseits. Allerdings beruft sich die Gesetzesbegründung nicht auf empirische Daten, etwa die Zunahme von Misshandlungen und Vernachlässigungen, sondern auf erschütternde (Medien-)Berichte über diese Fälle[30] und stellt im Übrigen lediglich fest: „Ver-

---

[28] Kritisch auch *Coester* (Anm. 9), S. 37 ff. (S. 37: „Gefährdung light"); *Coester* spricht sich ausdrücklich gegen eine „präventive Wächterfunktion" aus (S. 39 f.). Weniger kritisch zum Zusammenwirken von § 8a SGB VIII, § 50f FGG und §§ 1666, 1696 III BGB *Siegfried Willutzki*, Der Schutzauftrag des Jugendamtes im neuen Recht, FPR 2008, S. 488, 489 ff.; *Nicole Seier*, Reform des § 1666 BGB und Verfassungsschutz, FPR 2008, S. 483, 485 ff.

[29] Daher ist auch ständig von einer „Wiederherstellung" bzw. „Stärkung der Elternkompetenz" die Rede (so etwa BT-Drs. 16/6815, S. 1). Vgl. weiter der Leiter des Referats für Kinder- und Jugendhilfe im Bundesfamilienministerium *Reinhard Wiesner*, Das Wächteramt des Staates und die Garantenstellung der Sozialarbeiterin/des Sozialarbeiters zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl, ZfJ 2004, S. 161, 162. Kritisch dazu auch *Dieter Schwab*, Familie und Staat, FamRZ 2007, S. 1, 7.

[30] BT-Drs. 16/6815, S. 1, 7. Die angeführten erschütternden Fälle von Vernachlässigung, Misshandlung und sexuellem Missbrauch von Kindern dienten auch schon als Anlass für die Neuregelung des § 8a SGB VIII (BT-Drs. 15/3676, S. 30) und werden in Politik, Literatur und den Medien inzwischen gebetsmühlenartig wiederholt, vgl. nur *Thomas Bliesener*, Gewalttätige Kinder und Jugendliche, FPR 2007, S. 16, 20 (ohne Nachweis): „Weitgehend unstrittig ist, dass sich die familiären Belastungen in den letzten Jahren deutlich erhöht haben und dies nicht durch eine Stärkung sozialer Unterstützungssysteme kompensiert werden konnte. Dies zeigen nicht nur die spektakulären Fälle massiver Vernachlässigung und Verwahrlosung von Kindern in der jüngsten Zeit." Vgl. weiter BT-Drs. 16/8914, S. 8 („Die Fraktion der SPD erklärte, die zunehmende Anzahl von Fällen der Misshandlung und Vernachlässigung von Kindern erfordere ein rasches Handeln des Bundesgesetzge-

lässliche Zahlen über die Häufigkeit von Vernachlässigungen stehen nicht zur Verfügung. Insgesamt muss von einer hohen Dunkelziffer ausgegangen werden."[31]

Für andere Bereiche liegen Studien vor, jedoch werden diese selbst dann nicht berücksichtigt, wenn sie von dem für die Reform zuständigen Ministerium in Auftrag gegeben wurden.[32] So liegt zur körperlichen Misshandlung von Kindern eine Vergleichsstudie aus dem Jahr 2003 mit dem Titel „Gewaltfreie Erziehung – Eine Bilanz nach Einführung des Rechts auf gewaltfreie Erziehung" vor (Anhang, Abb. 4), die zu dem Ergebnis kommt, dass die Erziehung in Deutschland noch nie so gewaltfrei erfolgte wie heute.[33]

Statistisch erfasst sind auch die Misshandlungen und Vernachlässigungen mit Todesfolge (Anhang, Abb. 5). Die Anzahl der Kindstötungen ist entgegen der öffentlichen Wahrnehmung in den letzten 25 Jahren um mehr als die Hälfte gesunken, in absoluten Zahlen sind an den Folgen von Kindesmisshandlun-

---

bers."), S. 11 („Die Fraktion der CDU/CSU schloss sich den Ausführungen der Fraktion der SPD zu den Änderungen des § 1666 BGB an. […] Um zügig auf die gehäuften Fälle der Gefährdung des Kindeswohls reagieren zu können, sei die Verabschiedung dieser Gesetzesänderungen bereits jetzt wichtig.").

[31] BT-Drs. 16/6815, S. 7. Kritisch dazu die Studie des Deutschen Jugendinstituts zu Frühen Hilfen von 2006 (*Elisabeth Helming/Gunda Sandmeier/Alexandra Sann/Michael Walter*, Kurzevaluation von Programmen zu Frühen Hilfen für Eltern und Kinder und sozialen Frühwarnsystemen in den Bundesländern, 2006, S. 20): „Im Unterschied zu anderen großen westlichen Demokratien […] verfügt die Bundesrepublik bislang über keinerlei tragfähige nationale oder länderbezogene Datensätze zur Anzahl der von Vernachlässigung betroffenen Kinder. Weder liegen aussagekräftige Dunkelfeldstudien vor, noch ist bekannt, bei wie vielen Kindern in Maßnahmen der Jugendhilfe Vernachlässigung festgestellt oder vermutet wird." Vgl. weiter *Thomas Fabian/Katrin Brettfeld/Peter Wetzels*, Veränderungen elterlicher Erziehungspraktiken im Zuge der Jahrtausendwende? – Ergebnisse aktueller kriminologischer Forschung zur physischen elterlichen Gewalt gegen Kinder und Jugendliche, in: Manfred Oehmichen/Hans-Jürgen Kaatsch/Hartmut A. G. Bosinski (Hrsg.), Gewalt gegen Frauen und Kinder, Bestandsaufnahme – Diagnose – Prävention, 2004, S. 139, 144 ff.

[32] Grundlegende Kritik an der unzureichenden Rechtstatsachenforschung und der mangelhaften Berücksichtigung vorliegender wissenschaftlicher Erkenntnisse bei Abfassung des FGG-Reformgesetzes übt auch *Salgo* (Anm. 23), S. 155 f.; *ders.* (Anm. 8), FPR 2008, S. 405 f.

[33] *Kai-D. Bussmann*, Das Recht auf gewaltfreie Erziehung aus juristischer und empirischer Sicht, FPR 2002, S. 289, 292 f. (die Studie wurde von den Bundesministerien der Justiz und für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in Auftrag gegeben). Vgl. weiter die statistischen Angaben im Rahmen der Stellungnahme des Deutschen Familiengerichtstags e.V. – Sorgerechtskommission – zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 1631 BGB (Mißhandlungsverbotsgesetz) des Bundesministeriums der Justiz, FamRZ 1993, S. 1167, 1168; *Fabian/Brettfeld/Wetzels* (Anm. 31), S. 150 ff., 161 f.

gen/-vernachlässigungen durch Eltern im Jahr 2005 insgesamt 17 Kinder und im Jahr 2006 insgesamt 13 Kinder gestorben, davon etwa je die Hälfte durch Misshandlung einerseits und Vernachlässigung (Verdursten/Verhungern von Kleinkindern) andererseits.[34]

Der zweite als Reformanlass angegebene Grund, die Zunahme besorgniserregender Fälle von Kinder- und Jugenddelinquenz, vermag noch weniger zu überzeugen. Laut Polizeilicher Kriminalstatistik (Anhang, Abb. 6) ist die Anzahl der tatverdächtigen strafunmündigen Kinder (bis 14 Jahre) in den letzten zehn Jahren deutlich zurückgegangen; ihre absolute Zahl sank 2007 auf den niedrigsten Wert seit 1994. Im abgebildeten Zeitraum von 1998 bis 2006 ging die absolute Zahl von rund 150.000 auf rund 100.000 Fälle pro Jahr zurück. Auch bei den tatverdächtigen Jugendlichen (14-18 Jahre) sind die Zahlen – wenn auch nur leicht – rückläufig. Die meisten auffälligen Kinder und Jugendlichen verstoßen auch nur kurzzeitig und nicht in schwerwiegender Form gegen Normen (so wurden im Jahr 2005 ca. 75 % der tatverdächtigen Kinder wegen leichterer Delikte wie Ladendiebstahl, Sachbeschädigung oder fahrlässige Körperverletzung registriert) und 92 % aller Jugendlichen und Heranwachsenden (d.h. aller 14- bis 21-Jährigen) sind überhaupt nicht polizeiauffällig geworden.[35]

Da sich die Lage von Kindern und Jugendlichen nach den vorliegenden Statistiken und Studien in den letzten Jahren ganz wesentlich verbessert hat und sich die im Vorfeld des Gesetzgebungsvorhabens aufgestellten Befürchtungen nicht bestätigt haben,[36] wird die Notwendigkeit für die Umsetzung der im Kindeswohlmaßnahmengesetz enthaltenen Regelungen lediglich mit der „Er-

---

[34] *Kirsten Fuchs-Rechlin*, Kindstötungen – Was sagt die Statistik?, Komdat Jugendhilfe, Sonderausgabe, 2006, S. 3, 4 (die Zahlen für 2006 wurden ergänzt). Vgl. zu den Entwicklungen seit 2006 *Thomas Rauschenbach/Jens Pothmann*, Im Lichte von „Kick“, im Schatten von „Kevin“. Höhere Sensibilität – geschärfte Wahrnehmung – gestiegene Verunsicherung, Komdat Jugendhilfe, Heft 3/08, S. 2 f. Auch für diesen Zeitraum lässt sich eine Steigerung der Gewalt oder Vernachlässigung von Kindern in den Familien nicht verlässlich nachweisen.

[35] Dazu insgesamt *Bundeskriminalamt*, Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 2007, 2008, S. 74 ff. Vgl. auch *Bernd-Rüdeger Sonnen*, Kinder- und Jugenddelinquenz, FPR 2007, S. 20, 21 ff.; *Frank Neubacher*, Jugendgewalt: weder häufiger noch brutaler! – Zur Deutung des kriminalstatistischen Anstiegs der Gewalt- und Betrugsdelikte, ZRP 2008, S. 192 ff. (*Neubacher* weist auf zwei Entwicklungen hin: erstens geschieht immer weniger, davon wird aber mehr angezeigt und zweitens ist die Brutalität von Jugendgewaltdelikten deutlich zurückgegangen).

[36] Dazu auch *Schumann* (Anm. 1), S. 181 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

kenntnis" begründet, „dass Prävention das beste Mittel [sei], um Kinder effektiv vor Gefährdungen zu schützen".[37]

Diese Aussage verkennt aber, dass ein mit dem Schutz von Kindern begründeter Eingriff in das Elternrecht eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von elterlicher und staatlicher Verantwortung in Art. 6 II GG unterhalb der Gefährdungsschwelle verlangt. Bezeichnenderweise setzt sich die Gesetzesbegründung weder damit auseinander[38] noch geht sie der Frage nach, warum in Einzelfällen der Tod von Kindern durch die zuständigen Behörden nicht verhindert wurde, obwohl die Voraussetzungen für einen Eingriff wegen Überschreitens der Gefährdungsschwelle längst vorlagen (das Paradebeispiel ist der Fall Kevin).[39]

Statt dieses Defizit im Bereich des Gesetzesvollzugs zu beheben, wurde eine Verschärfung der Gesetze zulasten der Eltern vorgenommen,[40] mit der Folge,

[37] BT-Drs. 16/6815, S. 1. Eine wissenschaftliche Begleitung und Überprüfung der Wirksamkeit der neuen Präventionsmaßnahmen ist jedoch nicht geplant; kritisch dazu *Bianca Schäffer/Kerstin Reich/Rüdiger Wulf*, Prävention von Kindeswohlgefährdungen, ZKJ 2008, S. 64, 66 f.

[38] Zur verfassungsrechtlichen Ausgangssituation heißt es lediglich, dass „der Staat in Fällen der Gefährdung des Kindeswohls nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet [sei], die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen" (BT-Drs. 16/6815, S. 7), während auf die verfassungsrechtliche Lage im Vorfeld einer Kindeswohlgefährdung nicht eingegangen wird.

[39] Dies ist auch deshalb bemerkenswert, weil diese Problematik in den Stellungnahmen der mitberatenden Ausschüsse zum Ausdruck gebracht wurde; BT-Drs. 16/8914, S. 9 („Der Untersuchungsbericht der Bremer Bürgerschaft zu dem Fall Kevin hat als Problem der Kinder- und Jugendfürsorge vor allem individuelle Fehler ausgemacht. Ein Mangel an gesetzlichen Möglichkeiten bestand insoweit weniger. Strukturelle Mängel in der Behörde, eine mangelnde Dienst- und Fachaufsicht, eine unzureichende Zusammenarbeit der verschiedensten Beteiligten, fehlende Qualifikationen und schlechte personelle und sachliche Ausstattung waren insoweit zu verzeichnen."), S. 10 („Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen rief die in letzter Zeit bekannt gewordenen Fälle der Kindesvernachlässigung und -misshandlung in Erinnerung, die den Anlass für den vorliegenden Gesetzesentwurf gegeben hätten. In all diesen Fällen habe allerdings die Fachebene der Jugend- und Familienhilfe aus Mangel an Personal, Information oder Engagement vor Ort versagt; ein Antrag vor dem Familiengericht nach § 1666 BGB sei in keinem der Fälle gestellt worden."). Vgl. weiter zu dem individuellen Fehlverhalten des zuständigen „Casemanagers" und zu den strukturellen Mängeln (Personalreduzierungen um 30 %) *Ute Backer*, Zum Untersuchungsausschuss Kevin, JAmt 2007, S. 281 ff.

[40] Die dem Erwartungsdruck von Gesellschaft und Medien geschuldete Einführung präventiver Maßnahmen im Vorfeld konkreter Kindeswohlgefährdungen unter gleichzeitiger Vernachlässigung der bestehenden Personaldefizite in der Kinder- und Jugendhilfe stößt vor allem in Fachkreisen auf Kritik, vgl. nur Gemeinsame Pressemitteilung des *Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht* (DIJuF) e.V., Heidelberg, der *Die Kinderschutz-Zentren,* Köln und der *Internationalen Gesellschaft für erzieherische Hilfen* (IGfH), Frankfurt a.M. vom 19.

dass zahlreiche Eltern künftig unterhalb der Gefährdungsschwelle zum Zwecke der Gefahrerforschung Eingriffe in ihr Elternrecht dulden müssen,[41] während das eigentliche Problem, der Personalmangel im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, trotz mahnender Stimmen[42] nicht gelöst wird (Anhang, Abb. 7 und 8).[43]

IV. Die Reform im Kontext „nachhaltiger" Familienpolitik

Das Kindeswohlmaßnahmengesetz muss im Kontext der neuen „nachhaltigen" Familienpolitik, zu deren weithin ökonomisch begründeten Zielsetzungen auch eine Optimierung der Leistungen der Familie für die Gesellschaft, insbesondere eine bessere Nutzung des „Humankapitals" von Müttern und Kindern, gehört, gesehen werden.[44] Negative Effekte auf das Wirtschafts-

---

Dezember 2007, Kinderschutzgipfel – Chance vertan!, JAmt 2008, S. 16: „Aus der fachlichen Perspektive des Kindesschutzes hat das Treffen wenig Substanzielles erbracht, stattdessen sollen Überwachungs- und Kontrollmechanismen auf den Weg gebracht werden. […] Es ist an der Zeit, dass die Politik versteht, dass Kinderschutz nur dann funktionieren wird, wenn die zuständigen Institutionen finanziell adäquat und personell qualifiziert ausgestattet werden. Tagespolitisch ausgerichtete Profilierungsversuche schaden der Jugendhilfe und gefährden die Kinder in Deutschland." Kritisch auch *Lücking-Michel* (Anm. 24), ZKJ 2008, S. 203 f.

[41] Dazu *Jestaedt* (Anm. 6), S. 17 f.: „Der Gefahrerforschungseingriff auf wächteramtlicher Grundlage setzt, nicht anders als im Polizeirecht, aus dem er stammt, einen begründeten Verdacht voraus; anhaltslose Verdachtsermittlungseingriffe erscheinen danach in verfassungsrechtlichem Zwielicht. Mit anderen Worten: Ausgreifende generalisierende Informationsbeschaffungsregelungen zur Effektuierung des staatlichen Wächteramtes bewegen sich auf einem schmalen Grat und drohen in eine Verletzung der elterlichen Erziehungsverantwortung abzustürzen."

[42] So auch BT-Drs. 16/8914, S. 10: „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, […] sich insbesondere im Rahmen der Jugendministerkonferenz dafür einzusetzen, dass bestehende Defizite im Bereich des Gesetzesvollzuges dadurch beseitigt werden, dass a) Jugendämtern angemessene personelle und sachliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden […]." Kritisch auch *Coester* (Anm. 9), S. 30 f. Vgl. weiter *Ludwig Salgo*, § 8a SGB VIII – Anmerkungen und Überlegungen zur Vorgeschichte und den Konsequenzen der Gesetzesänderung, in: Ute Ziegenhain/Jörg M. Fegert (Hrsg.), Kindeswohlgefährdung und Vernachlässigung, 2007, S. 9, 10 f., 14 f.; *Johannes Schnurr*, Soziale Dienste vor dem Kollaps? Ein Plädoyer für Qualitätssicherung durch wirksame Personalbedarfsplanung im ASD, JAmt 2007, S. 287 ff.; *Siegfried Willutzki*, Kinderschutz aus der Sicht des Familiengerichts, ZKJ 2008, S. 139, 143.

[43] Besonders dramatisch ist dabei, dass sich der stärkste Stellenabbau in der Kinder- und Jugendarbeit findet, und zwar mit ca. 24 % im Westen und ca. 39 % im Osten (gesamt ca. 28 %), und insbesondere im Bereich der pädagogischen Fachkräfte Einsparungen von 40 % bei den Vollzeitstellen vorgenommen wurden (siehe Anhang, Abb. 8).

[44] Siebter Familienbericht „Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit – Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik", Stellungnahme der Bundesregierung zum

wachstum ließen sich – so die der neuen Familienpolitik zugrunde liegenden Expertisen – nur durch eine möglichst frühzeitige und vor allem vollständige Wiedereingliederung von Müttern in den Erwerbsprozess verhindern,[45] die als positiven Nebeneffekt eine erfolgreiche frühkindliche Förderung ermögliche und damit zu einer Steigerung der Fähigkeiten des Kindes führen könne.[46]

Dieser Sichtweise liegt die Vorstellung zugrunde, dass viele Familien der Aufgabe einer frühkindlichen Förderung nicht mehr gewachsen seien und in diesem Bereich staatliche Verantwortung daher nicht mehr nur familienergänzend, sondern zur Verwirklichung von Chancengleichheit familienersetzend verstanden werden müsse.[47] Die Vertreter dieser Familienpolitik (die auch

Bericht der Sachverständigenkommission, Bericht der Sachverständigenkommission, BT-Drs. 16/1360, S. XXIV, XXV, XXVIII: „Vorgenommen wurde ein Perspektivwechsel zu einer nachhaltigen Familienpolitik, deren neue Zielsetzung auch mit demografischen und ökonomischen Argumenten begründet ist. […] Positive Effekte auf das Arbeitskräftepotenzial erwartet auch der Vorsitzende des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Prof. Dr. Bert Rürup […]. Er betont insbesondere die Notwendigkeit einer Mobilisierung der so genannten Stillen Reserve, Frauen mit kleinen Kindern […]. Durch eine bessere Koordination von familiären und beruflichen Anforderungen ist zudem ein Anstieg der Geburtenrate wahrscheinlich. Beide Entwicklungen führen – so Rürup – im Ergebnis zu einem nennenswert höheren wirtschaftlichen Wachstum.“ Vgl. weiter die Aussage von *Bert Rürup/Sandra Gruescu*, Nachhaltige Familienpolitik im Interesse einer aktiven Bevölkerungsentwicklung, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2003, S. 47, wonach sich „aufgrund der Bevölkerungsschrumpfung ein negativer Effekt für die Quantität des Humankapitals“ ergebe, so dass in Zukunft „der Qualität des Humankapitals eine Schlüsselfunktion“ zukomme.

[45] Dementsprechend heißt es auch in der Begründung zum Entwurf eines *Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes* (BT-Drs. 16/1889, S. 18): „Eine steigende Erwerbsbeteiligung von Frauen hilft, ein ansonsten aufgrund der demographischen Veränderungen sinkendes Angebot insbesondere von Fachkräften auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen.“

[46] *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Einnahmeeffekte beim Ausbau von Kindertagesbetreuung, Ergebnisse der Gutachten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung Berlin, 2005, S. 15 („besonders hohe ‚Rendite' einer erfolgreichen frühkindlichen Förderung“); *Rürup/Gruescu* (Anm. 44), S. 50 („tendenziell [wird] das Gut Kind ‚zu wenig konsumiert'“). Dazu umfassend *Schumann* (Anm. 1), S. 221 ff. mwN.

[47] Vgl. (unter Zugrundelegung eines Gutachtens von *Wassilios E. Fthenakis*) *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), Perspektiven zur Weiterentwicklung des Systems der Tageseinrichtungen für Kinder in Deutschland. Zusammenfassung und Empfehlungen, 2003, S. 24 ff. zum Verhältnis der Tageseinrichtung zur Familie und zu den mit dem Ausbau verfolgten Zwecken: „Die präventive Funktion außerunterrichtlicher Betreuungsangebote sowie deren Rolle bei der Reduktion sozialer Kosten und der Vermeidung kindlicher Fehlentwicklung (z.B. jugendliche Delinquenz) sind stärker als bisher hervorzuheben und als Argument für den Ausbau dieser Angebote heranzuziehen. […] Im Bildungswesen generell und in den ersten 10 Jahren der kindlichen Entwicklung insbesondere verdienen Übergänge im Bildungsprozess besonderer fachlicher wie politischer Aufmerksamkeit: der Übergang von der Familie in die Krippe, von der Krippe in den Kinder-

Folge des „PISA-Schocks" sein dürfte) ignorieren jedoch nicht nur die empirisch nachgewiesene Bildungsfunktion der Familie,[48] sondern bleiben auch eine Erklärung dafür schuldig, warum nicht den Kindern zwischen drei und sechs Jahren, die in Kindergärten betreut und somit im vorschulischen Bereich erreicht werden – immerhin fast 90 % aller Kinder in Deutschland[49] –, angemessene Förderprogramme angeboten werden.

Unabhängig davon, ob das Interesse an einer möglichst frühzeitigen Ganztagesbetreuung von Kindern in erster Linie ökonomisch motiviert ist oder Familienpolitiker tatsächlich davon überzeugt sind, dass frühkindliche Förderung in erster Linie außerhalb der Familie verwirklicht werden muss, bieten beide Sichtweisen Erklärungsmodelle dafür, warum zunehmend die Erziehungskompetenz von Eltern in Frage gestellt und staatliche Miterziehung zum Wohle des Kindes propagiert wird: Denn mit dieser Argumentation wird die öffentliche Meinung auf eine möglichst frühzeitige Ganztagesbetreuung und -erziehung von Kindern außerhalb der Familie eingestimmt.[50]

„Vorrangige Handlungsfelder sind" – so der Siebte Familienbericht – „die vorschulische Kinderbetreuung, insbesondere der unter Dreijährigen", und der „Auf- und Ausbau ganztägiger schulischer Angebote". Diese und weitere

garten, vom Kindergarten in die Grundschule und von dort in die weiterführenden Schulen. […] Die Förderung von Kindern von 0 Jahren bis zum Schuleintritt stellt […] die erste Stufe im Bildungsprozess dar. […] Die Auffassung in Deutschland, wonach das System lediglich familienergänzenden Charakter haben soll, muss […] aufgegeben werden zugunsten der Definition eines genuinen Bildungs- und Erziehungsauftrags mit Blick auf die kindliche Entwicklung." Bezeichnenderweise wird die Familie an den Anfang einer Reihe öffentlicher Einrichtungen, die jeweils einen zeitlich abgeschlossenen Bereich der kindlichen Entwicklung erfassen, gestellt. Dadurch wird der Eindruck vermittelt, dass die Bildungsfunktion der Familie auf die ersten Lebensmonate des Kleinkindes zu beschränken sei. Vgl. weiter zur Verwirklichung von Chancengleichheit im Interesse der staatlichen Gemeinschaft *Seier* (Anm. 28), FPR 2008, S. 487.

[48] Dazu etwa *Martin R. Textor*, Die „Bildungsmacht" der Familie, in: Stiftung Sozialpädagogisches Institut Berlin (Hrsg.), Orte der Bildung im Stadtteil – Dokumentation zur Veranstaltung am 16. und 17. Juni 2005 in Berlin, S. 60 f. unter Heranziehung mehrerer Studien seit den 1960er Jahren: „Somit ist festzuhalten, dass der Einfluss der Familie auf den Schulerfolg größer ist als der Einfluss der Schule oder der Einfluss von Kindmerkmalen. In ihren Familien erwerben Kinder die meisten psychomotorischen, sozialen, affektiven und sprachlichen Kompetenzen. […] (Bildungs-)Politik und Bildungssystem müssen endlich die zentrale Bedeutung der Familie als Bildungsinstitution anerkennen."

[49] *Statistische Ämter des Bundes und der Länder* (Hrsg.), Kindertagesbetreuung regional 2007, S. 11 für 2007: bundesweite Betreuungsquote von 89 %.

[50] Zu den sozialpolitischen Hintergründen dieser Entwicklung *Ilona Ostner*, „Familienversagen" und Familienpolitik, in diesem Band, S. 65 ff. (insbesondere S. 70 ff. zu den ökonomischen Gesichtspunkten der Familienpolitik, S. 73 ff. zur „Vergesellschaftung der Erziehung" und S. 82 f. zur „Entfamilisierung als Strategie").

Maßnahmen werden im Familienbericht „ausdrücklich als ‚ökonomisch rational' und ‚sehr rentabel'" bezeichnet, „da der spätere Nutzen die Kosten um ein Vielfaches übersteig[e]". Darüber hinaus müssten Eltern „in ihrer Erziehungskompetenz gestärkt werden, damit sie ihre Verantwortung wahrnehmen" könnten.[51] Dabei wird die in Art. 6 II GG als naturgegeben verstandene Elternverantwortung pauschal als so defizitär eingeordnet, dass die Schaffung von Einrichtungen gefordert wird, die ein umfassendes Angebot „von Erziehungsberatung, Elternbildung, Gesundheitsberatung, Ernährungsbildung, Haushaltskursen bis hin zu Sprachkursen für Familien" vorhalten und damit „dem Prinzip der Förderung von Eltern und Kindern aus einer Hand" folgen.[52] Soweit die Familie noch „funktioniert", wird sie von Seiten des Staates als „Lernfeld für Kompetenzentwicklung […] für beide Geschlechter" gepriesen, weil die dort erworbenen Kompetenzen (Organisationsfähigkeit, Verantwortungsbewusstsein, Flexibilität und Belastbarkeit) unter dem Aspekt des Transfers in die Arbeitswelt gesehen werden.[53]

Das mit dem familienpolitischen Paradigmenwechsel verbundene neue Menschenbild des 21. Jahrhunderts begreift Familie und deren Mitglieder somit in erster Linie als Wirtschaftsfaktor für die Gesellschaft und verlangt daher Eltern den optimalen Einsatz ihres „Humankapitals" im doppelten Sinne ab: Erstens durch die möglichst frühzeitige und vollständige Wiedereingliederung in den Erwerbsprozess und zweitens durch die Erziehung des Nachwuchses zu geeigneten Mitgliedern der Gesellschaft, und zwar unter Befolgung der staatlichen Bildungs- und Erziehungsideale in „Verantwortungsgemeinschaft" mit öffentlichen Einrichtungen.[54] Das Kindeswohlmaßnahmengesetz muss daher ebenso wie das Elterngeldgesetz und das geplante Kinderförderungsgesetz auch unter dem Aspekt einer stärkeren Nutzung des „Humankapitals" von Müttern und Kindern gesehen und diskutiert werden, aber auch mit dieser Zielsetzung Art. 6 I und II GG standhalten.

[51] Siebter Familienbericht, BT-Drs. 16/1360, S. XXV, XXVII, XXVIII.

[52] Siebter Familienbericht, BT-Drs. 16/1360, S. XXVIII. Man fragt sich, wann die Eltern – bei Verwirklichung der Vollerwerbstätigkeit beider Eltern und der damit verbundenen Minimierung der Familienzeit – auch noch diese Kurse absolvieren sollen.

[53] Siebter Familienbericht, BT-Drs. 16/1360, S. 136 f.

[54] Damit wird aber eine der großen Errungenschaften der jungen Bundesrepublik Deutschland, der bewusste Verzicht auf eine Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder zur gesellschaftlichen Tüchtigkeit zu erziehen, allein aus Rücksicht auf ökonomische Interessen aufgegeben.

V. Grenzen der Familienpolitik

Ich möchte mit drei Bemerkungen schließen, die nicht nur das Kindeswohlmaßnahmengesetz betreffen, sondern für weite Teile der aktuellen Familienpolitik gelten:

(1) Wenn die Rechte und Pflichten der Eltern nur noch als Reflex der Rechte des Kindes begriffen werden, d.h. das Elternrecht nur noch vom Kind her gedacht wird,[55] dann liegt eine staatliche Kontrolle elterlicher Erziehung nahe, deren Umfang und Intensität nur noch davon abhängt, wie empfindlich die „Frühwarnsysteme" zum Schutze von Kindern eingestellt werden.[56]

Dieser Ansatz verkennt aber, dass das Elternrecht immer auch Abwehrrecht gegen staatliche Einmischung und Kontrolle ist, und zwar gerade auch im Interesse des Kindes. Nach dem Menschenbild des Grundgesetzes sollen Eltern ihre Kinder zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft erziehen und Kinder sollen diese Entwicklung unter der Verantwortung ihrer Eltern erleben dürfen.[57] Die an die natürliche Elternliebe geknüpfte Einbindung des Kindes in eine Familie beinhaltet einen eigenständigen Wert, der sich gerade dadurch auszeichnet, dass das Familienleben unterhalb der Gefährdungsschwelle eine freie Entfaltung innerhalb eines staatsfreien Raumes zulässt.[58] Zudem bewahrt der Vorrang elterlicher vor staatlicher Verantwortung – als für die Gemeinschaft nicht zu unterschätzender positiver Nebeneffekt – die Vielfältigkeit der Meinungen in der Fortentwicklung der Gesellschaft und die Pluralität der Werthaltungen.[59]

---

[55] *Eberhard Eichenhofer*, Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 14. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart", Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-Historische Klasse NF, Bd. 3, 2008, S. 91, 116.

[56] Kritisch dazu auch *Ostner* (Anm. 50), S. 76 ff.

[57] Für *Willi Geiger*, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: Wolfgang Zeidler/Theodor Maunz/Gerd Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 3, 11 gehört zum Menschenbild des Grundgesetzes auch, dass der Mensch Glied der Familie ist; daher sei das natürliche Recht der Eltern in Art. 6 II GG Ausfluss und Bestandteil des Menschenbildes des Grundgesetzes. Vgl. weiter *Jestaedt* (Anm. 6), S. 11 ff. (insbesondere S. 13: „dem Staat fällt insoweit […] nur […] die Rolle des Ausfallbürgen zu").

[58] Dazu *Martin Moderegger*, Der verfassungsrechtliche Familienschutz und das System des Einkommensteuerrechts, 1991, S. 26 f. mwN.

[59] *Wolfgang Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 123. Zum Eltern-Kind-Staat-Verhältnis und zum Menschenbild des Grundgesetzes vgl.

(2) Die aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete Pflicht des Staates, Chancengleichheit, insbesondere mehr Gleichheit in den materiellen Lebensbedingungen, herzustellen,[60] beinhaltet zwar auch die Pflicht zur Schaffung von Rahmenbedingungen, die die familiär bedingten Benachteiligungen von Kindern (die heute meist mit dem Stichwort „Armut von Kindern", einschließlich „Bildungsarmut", umschrieben werden)[61] auszugleichen vermögen.[62] Allerdings begrenzt Art. 6 I und II GG auch das sozialstaatliche Agieren, insbesondere ist eine Förderung von Kindern gegen den Willen der Eltern – solange das Kindeswohl nicht gefährdet ist – verfassungsrechtlich weder zulässig noch gar geboten.[63] Ebenso wie im Bereich der wächteramtlichen Tätigkeit muss der Staat – erst recht – im Rahmen seiner sozialstaatlichen Aufgaben die Grenze der Kindeswohlgefährdung respektieren. Soweit unterhalb dieser Schwelle die Pflicht zum Ausgleich von Benachteiligungen besteht, darf dieser Ausgleich

---

auch *Schumann* (Anm. 1), S. 173 ff. Kritisch auch *Lücking-Michel* (Anm. 24), ZKJ 2008, S. 200 f.: „Die Frage, wann und in welcher Weise der private Lebensraum eines Kindes und einer Familie vom Staat beobachtet, bewertet und zum Gegenstand einer Intervention gemacht werden kann und soll, berührt die grundlegende Frage des Verhältnisses von Öffentlichkeit und Privatheit, von gesellschaftlicher Kontrolle und individueller Freiheit, von eigenständigem Elternrecht auf Erziehung und Gewährleistung des Kindeswohls. […] Das Anliegen, den Kinderschutz zu verbessern, darf nicht ungewollt dazu führen, dass die Heterogenität von Lebens- und Erziehungsformen in Familien missachtet wird und staatliches Handeln die Eigenheiten der Lebenswelten von Familien nicht ausreichend beachtet. Staat und Gesellschaft müssen selbstverständlich auch weiterhin durch freiwillige Angebote die Erziehungsbedingungen in Familien verbessern helfen, jedoch ohne damit Vorstellungen von ‚Kinderschutz' in den Mittelpunkt zu rücken, die auf vermehrte Interventionen in private Lebensverhältnisse hinauslaufen."

[60] *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 20 GG, Rn. 118; *Karl-Peter Sommermann*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 20 GG, Rn. 112.

[61] Zur Armut bei Kindern: *Christoph Butterwegge,* Kinderarmut in Ost- und Westdeutschland, 2. Aufl. 2008; *Elke Feustel*, „Neue Kinderarmut" in Deutschland: Ursachen – Folgen – Lösungsansätze, 2007; Dritter Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung „Lebenslagen in Deutschland", BT-Drs. 16/9915, S. 74-82 (Kapitel „Familie und Kinder"); zur „Bildungsarmut": *Jutta Allmendinger/Stephan Leibfried,* Bildungsarmut, Aus Politik und Zeitgeschichte 2003, S. 12 ff.; *Christina Anger/Axel Plünnecke/Susanne Seyda/ Dirk Werner* unter Mitarbeit von *Holger Schäfer*, Bildungsarmut und Humankapitalschwäche in Deutschland, Gutachten für den Gemeinschaftsausschuss der Deutschen Gewerblichen Wirtschaft, 2006.

[62] Dazu *Josef Hoffmann*, Soziale Gerechtigkeit für Kinder. Zur Chancengleichheit des Aufwachsens im Sozialstaat des Grundgesetzes, 2006, S. 146 ff. Vgl. auch BVerfGE 97, S 332, 347: „Mit der Schaffung von Kindergärten stellt der Staat Chancengleichheit in bezug auf die Lebens- und Bildungsmöglichkeiten von Kindern her und trägt damit sozialstaatlichen Belangen Rechnung (Art. 20 Abs. 1 GG)".

[63] So ausdrücklich *Hoffmann* (Anm. 62), S. 166 ff.

nur in Form eines Angebots von Leistungen und Hilfen für Familien, Eltern und Kinder erfolgen, nicht aber zu einer Annahmeverpflichtung der Eltern führen.

(3) Der Begriff der öffentlichen Fürsorge, der traditionell auf die „Unterstützung Hilfebedürftiger in – vornehmlich wirtschaftlichen – Notlagen“ ausgerichtet war,[64] wird heute, auch unter Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip, viel weiter ausgelegt[65] und umfasst auch präventive Maßnahmen zur Verhinderung von Notlagen.[66] Dieses weite Verständnis von den Aufgaben der öffentlichen Fürsorge begründet aber in der aktuellen Diskussion um staatlichen Kindesschutz durch Präventionsmaßnahmen (ich nenne nur die Pflichtteilnahme an Vorsorgeuntersuchungen und die Einführung eines Kindergartenpflichtjahrs zur Sicherung der Schulreife[67]) die Gefahr einer zunehmenden Einschränkung privater Freiheit durch öffentliche Fürsorge.[68] Dass der Sozialstaat „freiheitlich“ bleiben muss, ist unbestritten,[69] die Frage, *wie* freiheitlich er bleiben muss, ist damit aber noch nicht beantwortet. Auch hier gilt, dass öffentliche Fürsorge nur unter Achtung der Elternverantwortung (Art. 6 II GG) und der Anerken-

---

[64] *Stefan Oeter*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 60), Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 74 GG, Rn. 63; *Christoph Degenhart*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 74 GG, Rn. 32.

[65] BVerfGE 97, S. 332: „Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist nicht eng auszulegen. Dazu gehört nicht nur die Jugendfürsorge im engeren Sinne, sondern auch die Jugendpflege, die das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will, ohne daß eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht. Durch Maßnahmen der Jugendpflege soll Entwicklungsschwierigkeiten der Jugendlichen begegnet und damit auch Gefährdungen vorgebeugt werden.“

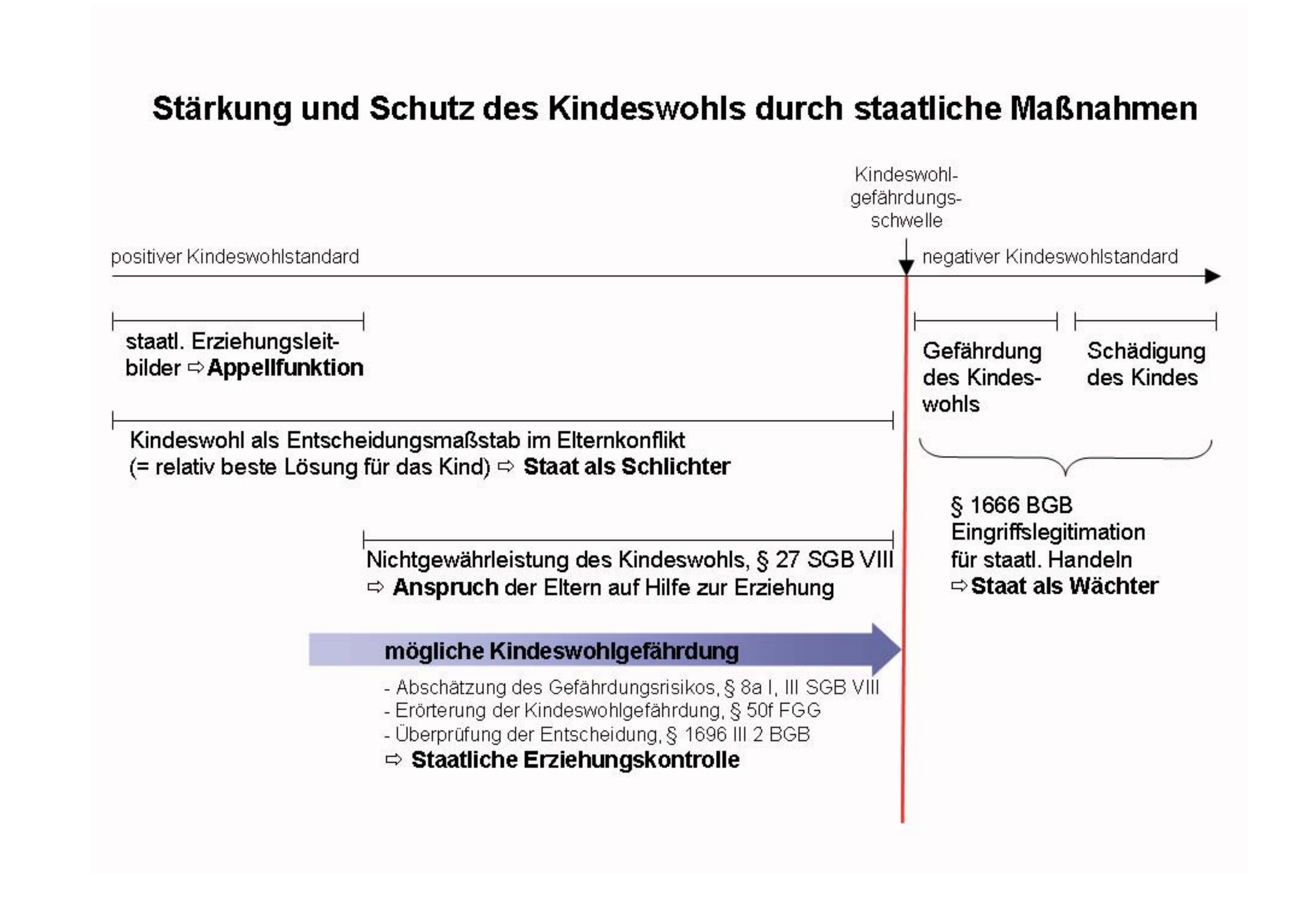
[66] Mit dieser weiten Definition der öffentlichen Fürsorge korrespondiert das Interesse des Bundesgesetzgebers, Bereiche wie den Ausbau der Kinderbetreuung bundesweit einheitlich zu regeln (Art. 74 I Nr. 7 GG). Dazu auch die Redebeiträge von *Heinz-Josef Friehe* (Referatsleiter im Bundesjustizministerium für die Bereiche Arbeits- und Sozialrecht), in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 14. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-Historische Klasse NF, Bd. 3, 2008, S. 127, 238. Zu nennen sind etwa das Tagesbetreuungsausbaugesetz vom 27.12.2004, BGBl. I, S. 3852 (zur Gesetzgebungskompetenz BT-Drs. 15/3676, S. 22 f.) und das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz vom 05.12.2006, BGBl. I, S. 2748 (zur Gesetzgebungskompetenz BT-Drs. 16/1889, S. 16 f.).

[67] Dazu umfassend *Jestaedt* (Anm. 6), S. 6 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

[68] Kritisch daher auch *Jestaedt* (Anm. 6), S. 9 ff.

[69] Statt vieler *Hans F. Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2 – Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2004, S. 659 ff. (insbesondere Rn. 26); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Anm. 60), Art. 20 GG, Rn. 117.

nung von „Familie“ als grundsätzlich staatsfreiem Raum (Art. 6 I GG) stattfinden darf. Demzufolge entspricht es auch nicht dem Menschenbild des Grundgesetzes, jedes Kind unter dem Aspekt der Prävention als potentiellen Adressaten der öffentlichen Fürsorge zu sehen, den es vor den mit elterlicher Erziehung verbundenen Risiken zu schützen gilt und dessen familiärer Raum zu diesem Zweck notwendigerweise zu kontrollieren ist.


Stärkung und Schutz des Kindeswohls durch staatliche Maßnahmen
Kindeswohl-
gefährdungs-
schwelle
positiver Kindeswohlstandard
negativer Kindeswohlstandard
staatl. Erziehungsleit-
bilder ⇨ Appellfunktion
Gefährdung
des Kindes-
wohls
Schädigung
des Kindes
Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt
(= relativ beste Lösung für das Kind) ⇨ Staat als Schlichter
§ 1666 BGB
Eingriffslegitimation
für staatl. Handeln
⇨ Staat als Wächter
Nichtgewährleistung des Kindeswohls, § 27 SGB VIII
⇨ Anspruch der Eltern auf Hilfe zur Erziehung
mögliche Kindeswohlgefährdung
- Abschätzung des Gefährdungsrisikos, § 8a I, III SGB VIII
- Erörterung der Kindeswohlgefährdung, § 50f FGG
- Überprüfung der Entscheidung, § 1696 III 2 BGB
⇨ Staatliche Erziehungskontrolle

Kindesschutz unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle

1. Stufe: Angebotsphase, §§ 27 ff. SGB VIII

Anspruch der Sorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung

Problem: keine/unzureichende Kooperation der Eltern mit dem Jugendamt
→ dies kann ein gewichtiger **Anhaltspunkt für eine Kindeswohlgefährdung** sein

2. Stufe: Mitwirkungsphase, § 8a I SGB VIII

Abschätzung des Gefährdungsrisikos nach § 8a I SGB VIII durch das Jugendamt

Problem: keine/unzureichende Mitwirkung der Eltern bei Abschätzung des Risikos
→ **Anrufung des Familiengerichts** zur Klärung der Gefährdung, § 8a III 1 SGB VIII

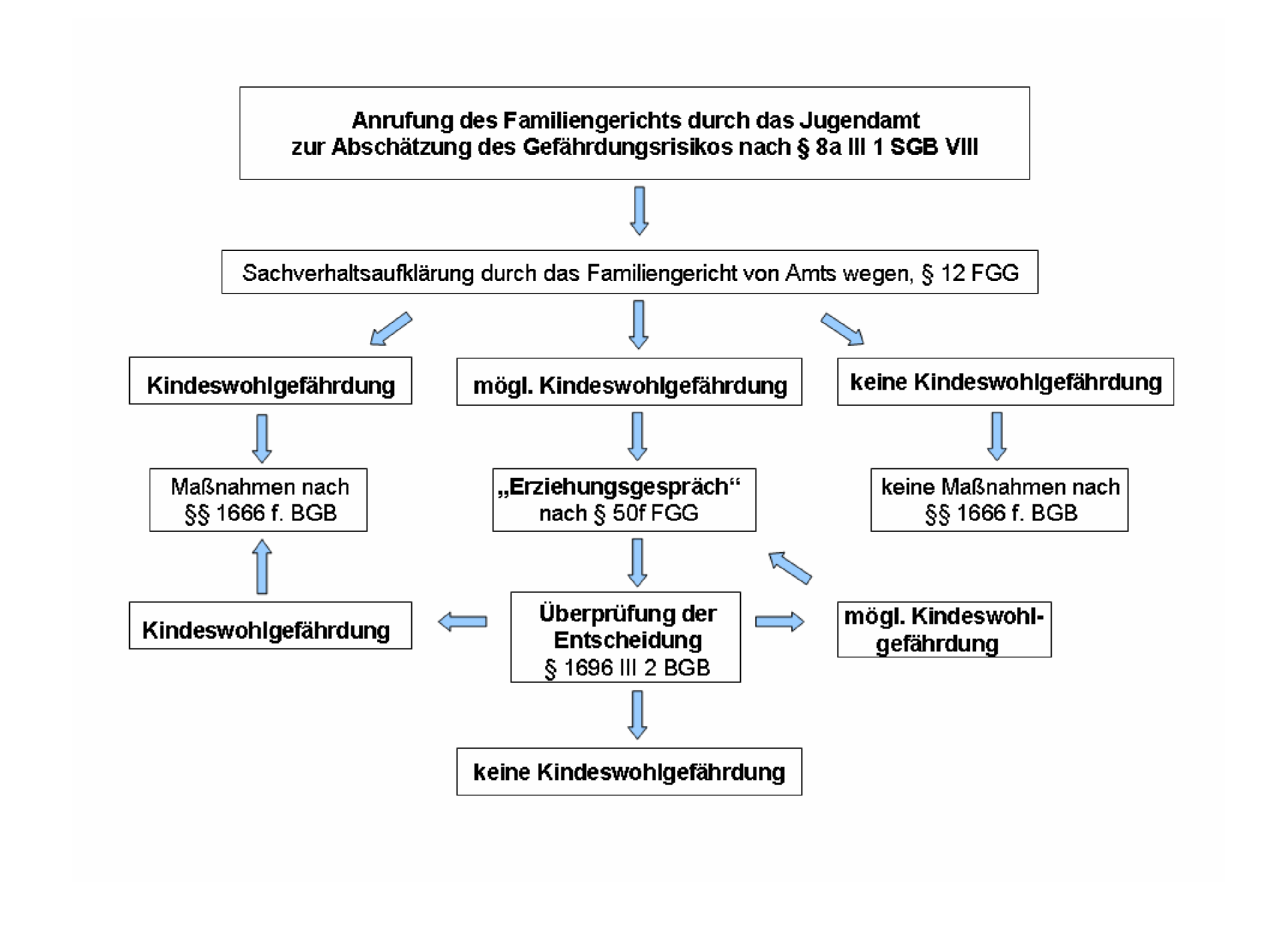
3. Stufe: Warnphase, § 50f FGG

Erörterung der **möglichen Kindeswohlgefährdung** (richterliches „Erziehungsgespräch“)
→ Einwirken auf Eltern, konkrete Hilfen zur Erziehung (s.o.) anzunehmen und Hinweis auf die Folgen der Nichtannahme notwendiger Hilfen

4. Stufe: Kontrollphase, § 1696 III 2 BGB

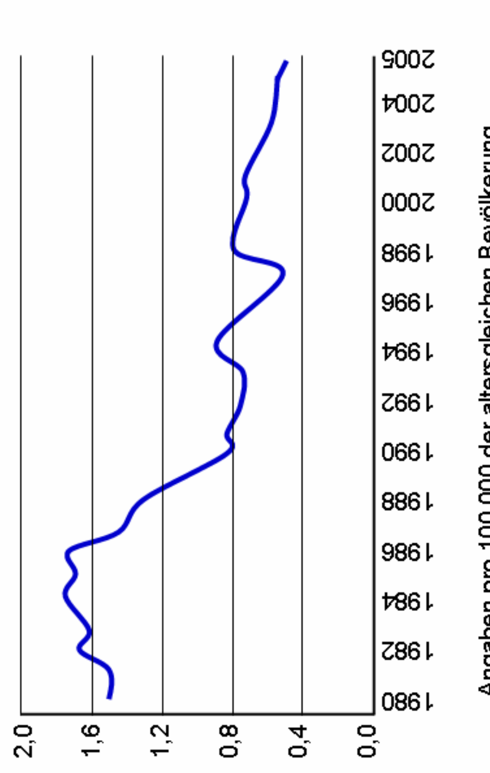
Überprüfung der Situation des Kindes nach drei Monaten durch das Gericht

Problem: mögliche Kindeswohlgefährdung besteht unverändert fort


Anrufung des Familiengerichts durch das Jugendamt
zur Abschätzung des Gefährdungsrisikos nach § 8a III 1 SGB VIII
Sachverhaltsaufklärung durch das Familiengericht von Amts wegen, § 12 FGG
Kindeswohlgefährdung
mögl. Kindeswohlgefährdung
keine Kindeswohlgefährdung
Maßnahmen nach
§§ 1666 f. BGB
„Erziehungsgespräch“
nach § 50f FGG
keine Maßnahmen nach
§§ 1666 f. BGB
Kindeswohlgefährdung
Überprüfung der
Entscheidung
§ 1696 III 2 BGB
mögl. Kindeswohl-
gefährdung
keine Kindeswohlgefährdung



Quelle: BMFSFJ, Gewaltfreie Erziehung. Eine Bilanz nach Einführung des Rechts auf gewaltfreie Erziehung, 2003

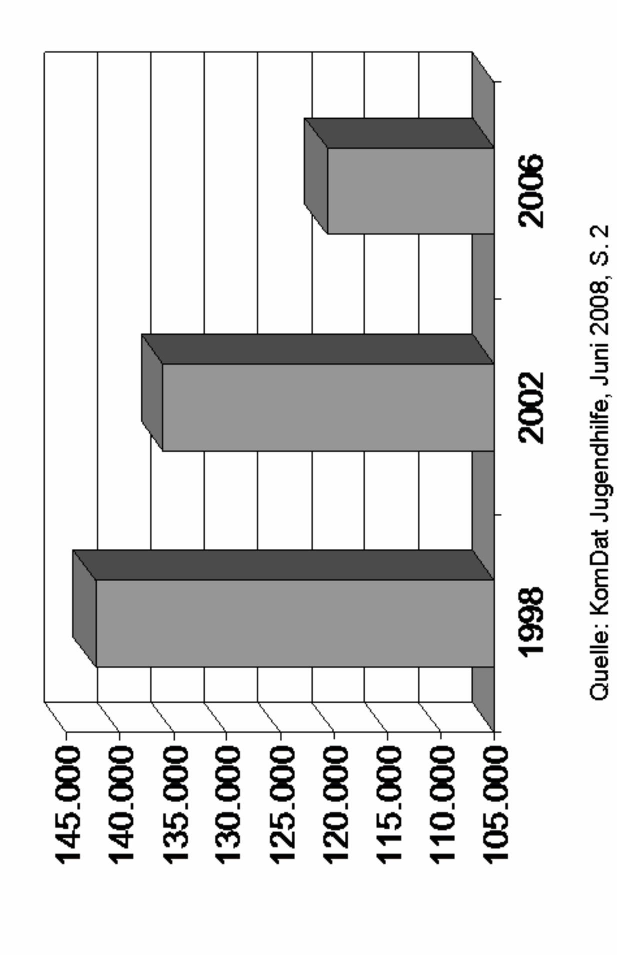

Entwicklung der Kindstötungen bis zum Alter von 10 Jahren
Sterbefälle durch Vernachlässigung oder Misshandlung
2,0
1,6
1,2
0,8
0,4
0,0
1980
1982
1984
1986
1988
1990
1992
1994
1996
1998
2000
2002
2004
2005
Angaben pro 100.000 der altersgleichen Bevölkerung
Quelle: Todesursachenstatistik, Statistisches Bundesamt

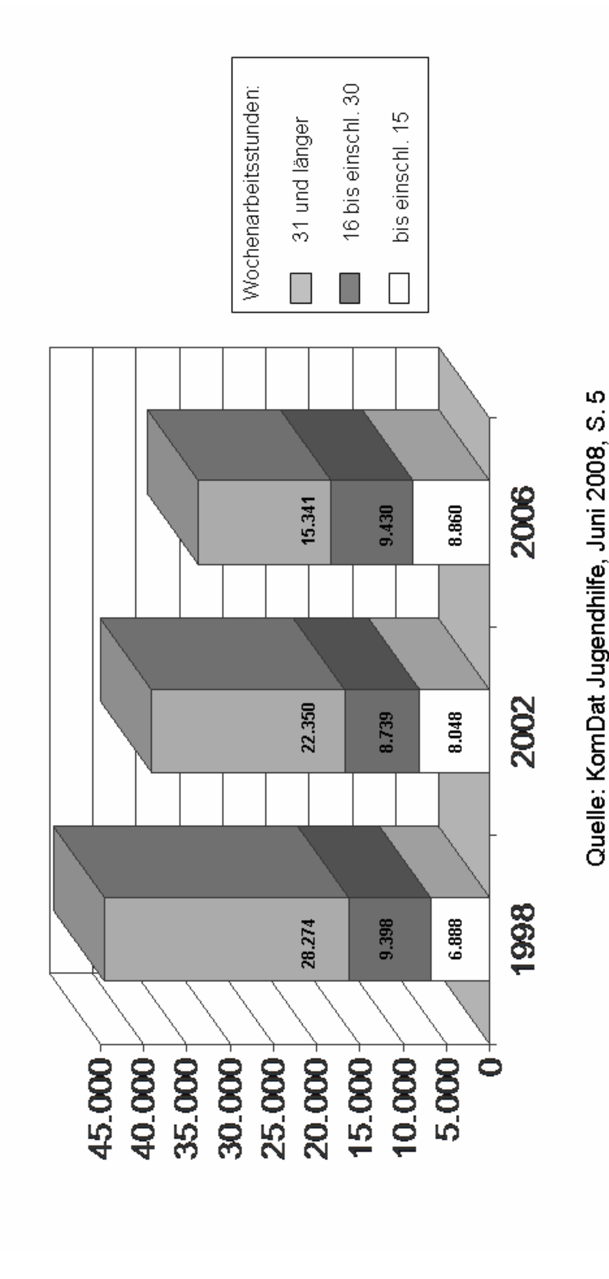
Entwicklung tatverdächtiger Kinder und Jugendlicher

Kinder (unter 14 Jahre)	
1998	**152.774**
1999	150.626
2000	145.834
2001	143.045
2002	134.545
2003	126.358
2004	115.770
2005	103.124
2006	**100.487**

Jugendliche (14-18 Jahre)	
1998	**302.413**
1999	296.781
2000	294.467
2001	298.983
2002	297.881
2003	293.907
2004	297.087
2005	284.450
2006	**278.447**

Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik


In der Kinder- und Jugendhilfe tätige Personen
145.000
140.000
135.000
130.000
125.000
120.000
115.000
110.000
105.000
1998
2002
2006
Quelle: KomDat Jugendhilfe, Juni 2008, S. 2



Zahl der pädagogischen Fachkräfte in Handlungsfeldern der Kinder- und Jugendarbeit nach Beschäftigungsumfang
45.000
40.000
35.000
30.000
25.000
20.000
15.000
10.000
5.000
0
28.274
9.398
6.888
1998
22.350
8.739
8.048
2002
15.341
9.430
8.860
2006
Wochenarbeitsstunden:
31 und länger
16 bis einschl. 30
bis einschl. 15
Quelle: KomDat Jugendhilfe, Juni 2008, S. 5

Autoren und Herausgeber

Prof. Dr. Michael Coester, Universität München

RiOLG Dr. Isabell Götz, Oberlandesgericht München

PräsLG Dr. Röse Häußermann, Landgericht Tübingen

RiAG Dirk Hornikel, Referent im Bundesministerium der Justiz, Berlin

Prof. Dr. *Volker Lipp*, Universität Göttingen

RiOLG Joachim Maier, Oberlandesgericht Stuttgart

Prof. Dr. Ilona Ostner, Universität Göttingen

RAin Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin

Prof. Dr. Ludwig Salgo, Universität Frankfurt am Main

Prof. Dr. Eva Schumann, Universität Göttingen

RiOLG Heinrich Schürmann, Oberlandesgericht Oldenburg

Prof. Dr. Barbara Veit, Universität Göttingen

RegDir Heiko Wagner, Referatsleiter im Bundesministerium der Justiz, Berlin

Dieser Band dokumentiert die Vorträge des ersten „Familienrechtlichen Forums Göttingen“, das am 28. Juni 2008 stattgefunden hat. Unmittelbar vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens erörterten Experten aus Wissenschaft, Politik und Praxis das im September 2009 in Kraft tretende „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (FamFG). Der Band enthält einen Überblick über die Grundzüge des neuen Familienverfahrensrechts sowie Analysen und Stellungnahmen zu einzelnen Bereichen. Dabei werden schwerpunktmäßig das neue Rechtsmittel- und Vollstreckungssystem, das Hinwirken auf Einvernehmen, das Vermittlungsverfahren, der Verfahrensbeistand, der Umgangspfleger und das Verfahren bei Kindeswohlgefährdung behandelt. Darüber hinaus wird eine interdisziplinäre Perspektive durch die soziologische Einordnung der derzeitigen Reformen in den Kontext der allgemeinen Familien- und Sozialpolitik eröffnet.

Band 6 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-940344-64-9
ISSN: 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen